PACOTE ANTICRIME

VOLUME II

Organizadores

Eduardo Cambi
Danni Sales Silva
Fernanda Marinela

PACOTE ANTICRIME

volume II

PACOTE ANTICRIME

volume II

Organizadores

Eduardo Cambi
Danni Sales Silva
Fernanda Marinela

Curitiba, 2021

Rua Marechal Hermes, 910, 1° andar, Bloco VI
- Juvevê - Curitiba/PR
CEP 80530-230

Editor: *Escola Superior do Ministério Público do Paraná*

Projeto Gráfico e Diagramação: *Vivian Maria Schatz*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica

P121a Pacote anticrime: volume II / Organizadores: Eduardo Cambi, Danni Sales Silva, Fernanda Marinela — Curitiba : Escola Superior do MPPR, 2021.
351 p. v. 2.

ISBN 978-65-87486-03-1 (volume 2)

1. Crime —prevenção. 2. Ministério Público — atuação. 3. Persecução penal. 4. Lei n. 13.964/2019. 5. Criminalidade. I. Cambi, Eduardo. II. Silva, Danni Sales. III. Marinela, Fernanda. IV. Título.

CDU 343(81)

Elaborada por Claudia Teixeira de Oliveira - CRB-9/1391
Divisão de Biblioteca / Ministério Público do Estado do Paraná

SUMÁRIO

PACOTE ANTICRIME E SEUS REFLEXOS PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou 17 (dezessete) leis - dentre as quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais – com profundos reflexos no sistema de justiça criminal brasileiro.

Compreender tais mudanças, buscar interpretações razoáveis para os textos legais e firmar posicionamentos sobre a atuação do Ministério Público brasileiro foram alguns dos desafios que inspiraram o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Unidade Nacional de Capacitação, e o Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), pela sua Escola Superior, a coordenar esforços para reunir estudiosos do Pacote Anticrime.

Foi lançado um Edital nacional para a chamada de artigos. Após a análise da Comissão Editorial, foram selecionados 36 (trinta e seis) textos, que resultaram na publicação de dois volumes do livro Pacote Anticrime, contendo 18 (dezoito) artigos em cada um.

O primeiro volume contempla estudos que examinam a sucessão de leis penais no tempo, o combate à violência de gênero contra mulheres, a figura do agente disfarçado, a presença do defensor técnico do investigado nos casos de letalidade policial, a nova sistemática de arquivamento do inquérito policial, a valorização da vítima e a justiça restaurativa, o acordo de não persecução penal e o acordo de não persecução cível, a cadeia de custódia e o confisco alargado.

No segundo volume, encontram-se textos sobre o uso letal da força por agentes públicos, a identificação criminal pelo perfil genético, a prisão preventiva, os acordos de não persecução criminal e de não persecução cível, o juiz de garantias, as consequências da quebra da cadeia de custódia, o livramento condicional, o confisco alargado e o informante do bem (whistleblower).

Todos os artigos têm em comum reflexões sobre a atuação do

Ministério Público brasileiro na promoção do direito fundamental à segurança pública e das garantias constitucionais.

É importante, pois, agradecer a todos aqueles que contribuíram com esse esforço de reflexão sobre os diversos impactos do Pacote Anticrime no sistema penal e processual brasileiros.

Compete à Unidade Nacional de Capacitação do CNMP e às Escolas dos Ministérios Públicos brasileiros zelar pela educação continuada dos integrantes do MP, bem como estabelecer diálogos com a sociedade e com os demais atores do sistema de justiça.

A partir das informações, conhecimentos, saberes e da formação de consensos, é possível melhor interpretar e aplicar as leis, de modo a extrair delas as diretrizes necessárias para, aliadas aos fatos, efetivar a justiça nos casos concretos, contribuir para a mais eficiente atuação do Ministério Público e aprimorar a legislação, as instituições e instrumentos jurídicos.

Boa leitura!

Brasília, verão de 2021.

Eduardo Cambi
Promotor de Justiça do MP/PR e coordenador da Escola Superior do MP/PR

Danni Sales Silva
Promotor de Justiça do MP/GO e membro auxiliar da Unidade Nacional de Capacitação

Fernanda Marinela
Conselheira do CNMP e Presidente da Unidade Nacional de Capacitação

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Amanda Gans Stadler[1]
Suzane Maria Carvalho do Prado[2]
Renê Francisco Hellman[3]

SUMÁRIO

RESUMO

O aumento da carga processual nas varas criminais do país culminou na criação do acordo de não persecução penal, um ajuste de condições entre o réu e o Ministério Público, dependendo de homologação judicial. Este trabalho tem como objetivo breve análise do instituto para, então, estudá-lo sob a perspectiva da análise econômica do direito penal, partindo de estudos de custo-benefício do crime e do processo criminal, para discutir a efetividade do sistema

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Graduada em Direto pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Processo Penal e Prática Forense Penal pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e pós-graduanda em Direito e Processo Tributário pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Estagiária de Pós-graduação da 12ª Promotoria de Justiça de Ponta Grossa.

2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista pela Universidad Castila de la Mancha e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Promotora de Justiça de Entrância Final na comarca de Ponta Grossa/PR.

3 Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Especialista em Educação a Distância pela Faculdade de Telêmaco Borba, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Departamento de Direito Processual da UEPG e coordenador da Especialização em Direito Processual Civil da FATEB/IDC. Professor da Pós-graduação em Direito Processual Civil da UEPG, da UNIGUAÇU, do IDCC, da EMATRA-PR, entre outras. Advogado.

penal. Verificou-se a quantidade de processos criminais que ingressaram no Poder Judiciário em 2018, o tempo médio de duração e os valores despendidos pelo Estado na manutenção deste sistema, possibilitando concluir que o ANPP é vantajoso, tanto sob o viés econômico quanto social, uma vez que são minimizados os gastos gerados pela instrução processual e pela execução penal, bem como os impactos sociais causados quando da imposição de pena.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal. Análise econômica do Direito Penal.

1. Introdução

Cada vez mais, pensa-se em como otimizar a resposta a condutas tipificadas como crimes. Isto porque a carga de processos acumulados nas varas criminais cresce progressivamente, sem que haja, em contrapartida, o aumento da estrutura do Judiciário a fim de dar cabo à demanda. Aliada a isto, encontra-se a crescente tendência à negociação na seara criminal, com métodos alternativos de resolução de conflitos, iniciada com maior destaque a partir da Lei 9.099/95, com a criação dos Juizados Especiais Criminais.

A partir destas ideias de resolução alternativa de conflitos, é que nos foi apresentado o acordo de não persecução penal (ANPP), criado por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e, posteriormente, positivado pela Lei 13.964/2019. O instituto, que veio acompanhado de debates quanto à natureza jurídica e as consequências do cumprimento e do descumprimento, parece ter sofrido influência da experiência estrangeira quanto ao tema, notadamente da França, Alemanha e dos Estados Unidos.

Também importada da experiência norte-americana, ganha cada vez mais força e desenvolvimento a análise econômica do Direito, sendo que nesta pesquisa, a análise ainda se volta a um ramo específico da ciência, qual seja, o direito penal. A partir desta perspectiva, busca-se a compreensão do Direito por meio de ferramentas utilizadas na Economia, notadamente análises de custo-benefício.

Assim, pretende-se a discutir o ANPP sob a perspectiva da análise econômica do direito penal. Noutras palavras, quais as vantagens econômicas e sociais esperadas pelo Estado com a implementação do instituto.

2. O acordo de não persecução penal

A Lei n. 13.964/2019, aprovada em 24 de dezembro de 2019, alterou o Código de Processo Penal (CPP) ao introduzir, entre outros, o art. 28-A, possibilitando ao Ministério Público o oferecimento do acordo de não persecu-

ção penal, submetido à homologação judicial, nos casos em que não cabe o arquivamento do feito, e desde que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal e, ainda, que a mesma não tenha sido cometida mediante violência ou grave ameaça. Ademais, a pena mínima cominada ao delito deve ser inferior a quatro anos, já consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso (art. 28-A, *caput* e § 1º, Lei 13.964/2019)[4].

Importa ressaltar, ainda, que o oferecimento do ANPP está vinculado à existência de provas da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito. Noutras palavras, ao dispor que, *não sendo o caso de arquivamento,* o Ministério Público proporá o acordo, mediante o preenchimento dos requisitos e condições. O art. 28-A, *caput*, da Lei n. 13.964/2019 impõe a condição de que os elementos de prova colhidos sejam maduros o suficiente para embasar eventual denúncia, caso as condições não sejam integralmente cumpridas pelo agente.

Outro ponto que merece destaque neste item é a inserção legislativa do inciso IV ao art. 116 do Código Penal (CP)[5], dispondo que, enquanto não cumprido ou rescindido o ACP, não corre o prazo prescricional.

Outrossim, a celebração do acordo não constará nas certidões de antecedentes criminais, exceto para o fim de impedir celebração de acordo com acusado que já tenha sido beneficiado, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, com ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 12, do CPP)

Necessário consignar que o art. 28-A nada mais é que inserção legislativa de um instituto já implantado e em uso pelo *Parquet*, por meio de resoluções expedidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em especial a Resolução CNMP 181/2017[6], em seu art. 18, posteriormente alterado pela Resolução CNMP 183[7], de 24.01.2018.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 16 mar. 2020.

5 BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 abr. 2020.

6 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181/2017, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

7 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 183/201, de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <

Na forma como surgiu na práxis, via Resolução do CNMP, tal instituto não foi bem recepcionado pela comunidade jurídica, sendo que a constitucionalidade do ANPP foi questionada tanto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), quanto pela Associação dos Magistrados Brasileiros, via ações diretas de inconstitucionalidade autuadas sob os números 5793 e 5790, respectivamente. Todavia, com o advento da Lei n. 13.964/2019, tais questionamentos restam esgotados, uma vez que o instituto agora está positivado por lei de iniciativa da União.

2.1 Natureza jurídica

Quando da proposta pelo CNMP, não houve a indicação de qual seria a natureza jurídica do acordo, situação que se repetiu quando da positivação pela Lei 13.964/2019. Daí porque ainda se especula a respeito.

Inicialmente, faz-se importante consignar que o ANPP não leva a aplicação de pena. A propósito, a redação do art. 28-A diz do ajustamento de "condições". Ademais, o conceito de pena[8] envolve, necessariamente, a imperatividade da sanção, o que não se verifica no instituto em comento, uma vez que as condições são aceitas pelo acusado. Neste sentir,

> é fácil concluir que o acordo previsto pela Resolução não impõe penas, apenas estabelece direito e obrigações de natureza negocial. [...] Por isso é possível afirmar que o investigado, ao cumprir tal obrigação (v.g. pagamento de multa ou prestação de serviço a comunidade), não está cumprindo pena, justamente por faltar uma das características fundamentais do conceito de pena, que é a sua imperatividade[9].

---

https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

8 Para Pacelli e Callegari: "A pena pública é imposta coercitivamente ao condenado por meio do devido processo legal, independentemente de sua adesão ou não.". Sobre o tema: PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 47.

9 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 218. Cap. 1. p. 19-47. p. 33.

Daí porque defendeu-se tratar de "um negócio jurídico de natureza extrajudicial que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública, do Ministério Público."[10]. Todavia, quer parecer que o tema demanda uma breve análise dos institutos correlatos ao ANPP, sendo que aqui nos interessam a transação e a colaboração premiada.

A Lei 9.099/95[11], a qual trata da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inaugurou no Brasil uma nova tendência de justiça não conflitiva e de intervenção mínima[12]. Dentre as novidades trazidas por esta lei, está a transação penal. Em síntese, a transação penal dá-se quando, não sendo o caso de arquivamento, frente à prova de existência de delito de menor potencial ofensivo e indícios bastante de autoria, o suposto autor da infração aceita a proposta de "aplicação antecipada de pena restritiva de direitos ou multa", a ser feita pelo Ministério Público.

Os requisitos para recebimento da proposta são aqueles do art. 76 da Lei 9099/95, sendo que aceita a proposta, que sempre deverá ser submetida ao suposto autor do fato e seu defensor, será homologada pelo Juízo e, ao final, se cumprida, dá-se por extinta a punibilidade do agente. Caso contrário, nos termos da Súmula Vinculante 35 do STF[13], rescinde a transação, com o consequente oferecimento da denúncia e prosseguimento da ação penal.

Embora a doutrina não tenha se preocupado em dizer qual seria a natureza jurídica do instituto da transação, é tratada como medida despenalizadora, de natureza penal e processual[14,15], com "finalidade de exclusão do processo"[16].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 218. Cap. 1. p. 19-47. p. 36.

11 BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 21 abr. 2020.

12 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.).Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 218. Cap. 10. p. 273-330. p. 293.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 35. Súmulas Vinculantes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>. Acesso em 23 abr. 2020.

14 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 93.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 50.

16 DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Teoria e prática dos juiza-

Doutro giro, a Lei 12.850[17], de 2 de agosto de 2013, tratando das organizações criminosas, institui como meio de obtenção de prova, em qualquer fase da persecução penal, a colaboração premiada, a qual consiste na diminuição da pena ou, eventualmente, no perdão judicial do coautor ou partícipe que, com sua confissão, contribua para a identificação dos demais partícipes ou coautores, ou para a localização do produto do crime ou da vítima com sua integridade física preservada[18].

A Lei 13.964/2019 inseriu, ainda, o art. 3-A na lei das organizações criminosas, dispondo que o acordo de colaboração premiada, além de meio de obtenção de prova, é negocio jurídico processual (NJP). Tudo indica que este artigo já antecipou a natureza do próprio ANPP como sendo a mesma. Neste sentido, faz-se importante traçar paralelo com o art. 190 do Código de Processo Civil (CPC)[19], o qual define o instituto:

> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A grande diferença entre o NJP e o ANPP, todavia, é que enquanto o primeiro permite dispor sobre o procedimento, ou seja, como os atos processuais serão concatenados, o último traz questões materiais, já que elenca como requisitos para o oferecimento a confissão dos fatos e a ausência de violência, bem como buscam a recuperação do objeto do crime, tendo efeitos diretos sobre os bens jurídicos tutelados pelas respectivas normas penais.

Doutro lado, tanto o ANPP quanto a colaboração premiada demandam a

---

dos especiais criminais. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 68.

17 BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 23 abr. 2020.

18 ANDREUCCI, Rircardo Antonio. Legislação penal especial. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 146.

19 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 23 abr. 2020.

confissão espontânea do acusado, voluntariedade das partes no acordo, visam recuperar o produto do crime e exigem a presença efetiva da defesa técnica.

Ao passo que a colaboração premiada trata de pena negociada, podendo chegar ao perdão judicial, sendo tida, ainda, como meio de obtenção de prova, podendo acontecer em qualquer fase da persecução penal, o ANPP estipula o cumprimento de condições que, se adimplidas, importam em extinção da punibilidade. No mais, este último instituto é pré-processual, embora já se especule em permitir no decorrer do processo.

Em síntese, embora a doutrina não seja unânime a respeito da natureza jurídica do ANPP, pode-se dizer tratar-se de um negócio jurídico processual, no qual as partes acordam entre si, sem o caráter imperativo conferido às penas, traduzindo-se em obrigações cíveis, uma vez que o descumprimento acarreta tão somente o prosseguimento da persecução penal. Por sua vez, o cumprimento integral esvazia o interesse de agir de eventual ação penal, impondo a extinção do feito, tal qual pactuado.

2.2 Objetivos

Do que se verifica no Pronunciamento final em Procedimento de Estudos n. 01/2017 do CNMP, o objetivo primordial da utilização do ANPP é o desentulho das varas criminais do país, dando cabo à imensa carga de processos acumulados. Vislumbrou-se tal pretensão, igualmente, quando da criação dos Juizados Especiais Criminais, a partir da Lei n. 9.099/95, destaque para o art. 88[20].

Da mesma sorte, o acordo busca o cumprimento espontâneo e voluntário, por parte do investigado, de sanções restritivas de direito, sem, no entanto, a incidência das restrições mais graves inerentes a uma sentença penal condenatória, "agilizando a resposta penal aos ilícitos praticados e minorando os efeitos prejudiciais das imposições de pena judicial."[21].

Acredita-se que o acordo contribui para a melhoria no sistema de justiça na medida em que propiciaria (a) celeridade na resolução dos casos menos graves; (b) maior tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves; (c) economia de recursos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 Isto porque os ilícitos de menor potencial ofensivo são de grande ocorrência e acabam por abarrotar a justiça criminal, sendo grandes responsáveis pela demora do julgamento de crimes mais gravosos. Sobre o tema: SILVA, Marco Antonio Marques da. Juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 04.

21 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento de Estudos e Pesquisas 01. Pronunciamento final em Procedimento de Estudos e Pesquisas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>. Acesso em 21 abr. 2020.

públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos; (d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória tanto aos acusados em geral, quanto ao Estado, pela manutenção do sistema penitenciário[22].

De todo modo, quer parecer que o ANPP tem alicerces na "realização de opções político-criminais [a qual] passa necessariamente pela realização de uma seleção de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política de persecução penal adotada pelo Ministério Público."[23].

3. A análise econômica do direito penal

A AED, a qual teve sua origem no princípio dos anos 1960, pressupõe a aplicação da teoria econômica na explicação e avaliação do Direito e das instituições e realidades jurídicas[24]. De tal sorte que, quando estudada na seara criminal, levanta "a possibilidade de avanços teóricos no sentido de tornar o Direito Penal mais adequado à realidade social, todavia, sem desconsiderar o aparato constitucional de garantias."[25].

Assim, a AED se dá tanto sob a perspectiva do sujeito que cogita a prática de um crime, como sob o prisma do custo para o Estado em manter o monopólio do *jus puniendi*. Desta sorte, a utilização destes instrumentos e referenciais na análise do Direito faz sentido na medida em que se pensa na Economia como

> a ciência da eleição racional de um mundo em que os recursos são limitados em relação às necessidades e desejos humanos. [...] Partindo dessa premissa, a análise econômica do Direito Penal sustenta que os que cometem delitos são sujeitos racionais, os quais, em sua atuação de-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

22 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento de Estudos e Pesquisas 01. Pronunciamento final em Procedimento de Estudos e Pesquisas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>. Acesso em 21 abr. 2020. p. 32.

23 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.).Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 218. Cap. 1. p. 19-47. p. 36.

24 PACHECO, Pedro Mercado. El analisis econômico del derecho: uma reconstruccion teórica. 1. ed. Madri: Centro de Estudos Contitucionales, 1994. p. 27.

25 OLSSON, Gustavo André. Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 24.

> litiva, também obedecem a considerações de eficiência, isso é, calculam os custos e as vantagens que cada ação lhes proporciona. [...] Ou seja, um sujeito cometerá um fato delitivo se, e somente se, a sanção esperada for inferior às vantagens privadas esperadas com a realização do ato[26].

Noutras palavras, "uma pessoa comete um crime se a utilidade esperada para ele ultrapassa a utilidade que ele poderia alcançar usando o seu tempo e outros recursos em outras atividades"[27]. Assim, busca-se a possibilidade de antever o comportamento dos indivíduos de acordo com as consequências legais cominadas para o ato criminoso.

Ao lado da análise econômica, em tese, feita pelo sujeito, há aquela direcionada ao aparato estatal. Daí que, entre as inovações trazidas pela análise do direito sob esta perspectiva, destacam-se a utilização de análises de custo-benefício na elaboração de normas jurídicas e decisões judiciais, bem como a abertura do diálogo da eficiência econômica como valor jurídico[28].

A AED preocupa-se com a "relação entre certeza e severidade da punição; a comparação entre as propriedades das penas de multa e de encarceramento, assim como de outras medidas alternativas"[29]. Da mesma forma, analisa o processo criminal e a relação entre as medidas de prevenção e os efeitos oriundos das condenações[30].

Todavia, há quem negue que o deliquente possa ser entendido como *homo oeconomicus*, vinculando este pensamento à suposta falta de fundamento das teses clássicas da prevenção geral negativa. Para Hassemer, o problema está em pensar que o autor punível pondere as vantagens e desvantagens do seu ato ilícito e, assim, "se desinteresse por ele, porque o sistema-jurídico penal, com a ameaça de pena e a execução da pena, cuidou para que não valesse a pena."[31]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

26 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 10-11.

27 BECKER, Gary S. Crime and Punishment: na economic approach. The Journal of Political Economy, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968. p. 176.

28 PACHECO, Pedro Mercado. El analisis econômico del derecho: uma reconstruccion teórica. 1. ed. Madri: Centro de Estudos Contitucionales, 1994. p. 23.

29 OLSSON, Gustavo André. Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 41.

30 OLSSON, Gustavo André. Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 41

31 HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris

Jesús-María Silva Sánchez, doutro lado, responde este posicionamento argumentando que,

> em primeiro lugar, a apresentação criticada nunca teve a pretensão de afirmar que no comportamento delitivo só incidam cálculos de custo/benefício, mas que se admite obviamente a existência de outros fatores na prática de delitos. Em segundo lugar, inclusive os autores contrários à tese do delinqüente racional não deixam de reconhecer que a maior ou menor probabilidade de ser preso e punido incide sim sobre o indivíduo. Isso é um reconhecimento tácito de que o delinqüente – numa medida indeterminada, digamos – não é de todo alheio a um cálculo racional de custos, como já foi exposto[32].

Isto porque, "embora as reprimendas em si atuem em menor medida para dissuadir a ocorrência de crimes, ainda assim contribuem para a redução do número de fatos cometidos."[33], e, portanto, pelo menos num primeiro momento, há que se considerar que o autor do fato, em regra, elabora uma análise de custo-benefício do ato ilícito que pretende praticar.

Nos próximos tópicos desta pesquisa, buscou-se analisar o custo-benefício do crime e do processo, a fim de viabilizar, ainda que de maneira superficial, a análise econômica do acordo de não persecução penal.

3.1 Custo benefício do crime

Considerando que, em alguma medida, o agente tende a fazer uma análise econômica da atividade criminosa, há que se entender no que consistem os benefícios esperados e os custos oriundos do crime. Os benefícios resumem-se nos ganhos proporcionados pelo crime, sejam monetários ou psicológicos. Doutra banda, os custos englobam a probabilidade de ser preso, o tempo de

Editor, 2005. p. 408.

32 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 18-19.

33 OLSSON, Gustavo André. Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 110.

planejamento, instrumentos, os custos sociais associados à reprovação moral do grupo em que convive e, ainda, a consciência individual do agente[34].

Uma provável equação do custo-benefício do crime poderia ser representada como *crime = b – p.c.* Na qual *b* representa o benefício do crime, *p* a probabilidade de ser descoberto e *c* os custos, diretos e morais, da prática delituosa[35]. Assim, “a decisão individual de cometer o crime é incentivada quando (b-pc) > 0, isto é, quando o benefício excede os custos, havendo um ganho no ato criminoso”[36].

Note-se que um fator importante no cálculo do custo-benefício da atividade criminosa, aliada à gravidade da pena, é a probabilidade de que a mesma se faça efetiva, “fator esse que depende da configuração do sistema policial, processual (e inclusive social), em que se concentra boa parte dos custos do combate ao delito”[37].

Assim, ao menos num primeiro momento, quer parecer que a fórmula de um Direito Penal eficaz consistiria na imposição de custos adicionais ao agente, “de modo que o custo esperado do delito seja para ele superior às vantagens esperadas com a prática delinqüente.”[38].

Todavia, há que considerar neste cálculo os custos da penalização, os quais devem, numa análise econômica, serem inferiores ao custo da tolerância da conduta delitiva, e, ainda, quais são os incentivos, percebidos pelo delinquente e pela população quando da imposição de uma ou outra pena. Para tanto, necessário se faz a análise dos custos, sociais e econômicos, do processo criminal e da penalização do indivíduo.

3.2 Custo benefício do processo

De acordo com os relatórios de controle externo da atividade policial, emitidos pelo CNMP, no ano de 2018[39] foram registrados 2.409.190 boletins

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

34 VIAPIANA, Luiz Tadeu. Economia do crime: uma explicação para a formação do criminoso. 1. Ed. Porto Alegre: AGE, 2006. p. 37.

35 VIAPIANA, Luiz Tadeu. Economia do crime: uma explicação para a formação do criminoso. 1. Ed. Porto Alegre: AGE, 2006. p. 38.

36 VIAPIANA, Luiz Tadeu. Economia do crime: uma explicação para a formação do criminoso. 1. Ed. Porto Alegre: AGE, 2006. p. 38.

37 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 40.

38 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 37-38.

39 Eleito o ano de 2018 para a pesquisa, a fim comparar com os dados obtidos

de ocorrências nas delegacias de Polícia Civil da região sul do país[40]. Ainda, conforme os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do *Justiça em números 2019*, também no ano de 2018, ingressaram nos Tribunais de Justiça dos estados de Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, cerca de 380.882 novos casos criminais[41].

Outro dado que merece análise no momento, é o tempo médio de duração dos processos criminais. Em nível nacional, na fase de conhecimento de 1º grau de jurisdição, o tempo destes processos é maior do que aqueles não-criminais em todos os ramos da Justiça (seja estadual, eleitoral, federal e até militar). Tanto o é que "a taxa de congestionamento criminal (73,3%) supera a não-criminal (59,2%), para essa fase/instância"[42]. A título exemplificativo, na Justiça Estadual (e aqui foram analisados apenas os dados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul), em 1º grau, o tempo médio de processos criminais é de 4 anos e 2 meses, enquanto dos não-criminais é de 2 anos e 1 mês[43].

Ainda, estima-se que o valor econômico despendido em razão do crime e da violência no Brasil já chegou a 3,78% do PIB, ou seja, US$ 91 bilhões, em paridade de poder de compra equivalente a US$ 124,3 bilhões[44,45].

> De acordo com dados do World Prison Brief, o Brasil é o quarto país do mundo em matéria de

no Justiça em números 2019, de forma padronizada.

40 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Controle externo da atividade policial em números – Delegacias de Polícia Civil. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/controle-externo-da-atividade-policial-em-numeros-delegacias-de-policia-civil>. Acesso em: 21 mai. 2020.

41 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2020. p. 160.

42 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2020. p. 161.

43 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2020. p. 162.

44 CRIME acarreta custos sociais, públicos e privados na América Latina e Caribe: estudo do BID. Disponível em: <https://www.iadb.org/pt/noticias/comunicados-de-imprensa/2017-02-03/quanto-custa-o-crime-e-a-violencia-no-brasil%2C11714.html>. Acesso em 21 mai. 2020.

45 A metodologia contábil utilizada para estimar os custos diretos do crime inclui: (a) custos sociais que incluem vitimização letal e não letal e a renda não gerada pela população carcerária: 0,64% do PIB; (b) os gastos do setor privado (residências e empresas) em segurança: 1,37% do PIB; (c) despesas públicas, incluindo a polícia e penitenciárias: 1,51% do PIB.

> população aprisionada, depois dos EUA, China e Rússia, e o 30º em taxa de encarceramento. [...] Essa alta taxa de encarceramento gera custos para o país não só com a manutenção dos presídios, mas também devido à renda não gerada pelos presos[46].

Daí porque, “se as sanções não-pecuniárias implicam custos maiores que as pecuniárias, elas só devem ser aplicadas em caso de insuficiência preventiva das pecuniárias.”[47], motivo pelo qual a pena de multa e a reparação de danos, ocupariam lugar de destaque num sistema em que as sanções derivam de uma análise econômica do direito penal[48]. Em sentido semelhante, Bentham defende que

> a pena mais econômica será aquela que não cause nem uma partícula de mal que não seja convertido em proveito; as penas pecuniárias tem esta qualidade em grau acentuado, pois todo o mal que sente o sujeito que a paga converte-se em proveito para o sujeito que a recebe[49].

Outrossim, quando analisado o tempo médio da duração dos processos criminais, percebe-se que um dos objetivos da pena perde-se parcialmente. Isto porque,

> quanto mais curta é a distância do tempo que se passa entre o delito e a pena, tanto mais forte e

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

46 CAPRIOLO, Dino; JAITMAN, Laura; MELLO, Marcela. Custos de bem-estar do crime no Brasil: um país de contrastes. Inter-American Development Bank. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Custos-de-bem-estar-do-crime-no-Brasil-Um-pa%C3%ADs-de-contrastes.pdf>. Acesso em 21 mai. 2020.

47 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 43.

48 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 43.

49 BENTHAM, Jeremy. Compendio de los tratados de legislacion civil y penal (com notas por D. Joaquin Escriche). 2. ed. t. II. Madri: Libreria de la viuda de calleja e hijos, 1839. p. 59, nota de rodapé 02.

> mais durável é, no espírito humano, a associação dessas duas idéias, delito e pena, de tal modo que, insensivelmente, se considera uma como causa e a outra como conseqüência, necessária e fatal[50].

Todavia, quando da utilização de penas alternativas à privativa de liberdade, necessária a análise da influência que exercem na dissuasão dos agentes. Fato é que o sentimento experimentado pela sociedade "é diferente quando se compara a pena de prisão com medidas alternativas: essas não apresentam muitas vezes a mesma sensação de punição que o encarceramento produz."[51].

Neste sentido, passa-se a uma breve análise do que se pode entender por efetividade do sistema penal e o que se espera de um sistema considerado efetivo.

3.3 Efetividade do sistema

Quando se pensa sobre a efetividade do sistema penal, o qual compreende a Direito Penal, o Processo Penal e a Execução da pena, é inegável que este, "quando comparado com os outros ramos do Direito, produz, a curto e médio prazo, impactos sociais superiores aos demais."[52]. Daí porque levantar a problemática a respeito da eficiência deste ramo do Direito é importante, notadamente quando da criação de institutos jurídicos, uma vez que, para que seja alcançada a eficiência social, faz-se necessário que o Direito Penal configure suas normas partindo do pressuposto de que o destinatário realizará um cálculo de proveito a ser obtido[53].

Assim, quer parecer que o conceito de eficiência, neste ramo, está intimamente ligado ao conceito de direito penal mínimo[54] e aos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima.

A partir destas ideias de eficiência e de intervenção mínima do Direito

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

50 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 72.

51 OLSSON, Gustavo André. Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 116.

52 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 53.

53 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 26.

54 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 25.

Penal que Hassemer desenvolve o que denomina de 'Direito de intervenção', pelo qual admite-se a flexibilização de regras e garantias processuais, no intuito de tornar mais eficiente o sistema, desde que o acusado seja isento de penas restritivas de liberdade, a fim de balancear esta limitação de direitos[55].

Todavia, o questionamento que envolve esta análise é saber se os conceitos de eficiência são amplos o suficiente para amparar princípios de garantia do Direito Penal, notadamente os princípios da proporcionalidade e da dignidade. Isto porque, "querer trabalhar a ideia de eficiência em direito penal sob um viés economicista, utilitarista ou funcionalista extremado parece inaceitável."[56].

Quando discutida neste ramo do direito, a eficiência, da mesma forma como qualquer outro princípio jurídico, não constitui um fim em si mesmo, mas sim um meio que tem a pessoa como seu horizonte[57]. Neste sentir,

> quando a eficiência é trabalhada no âmbito jurídico, não se pode perder de vista os critérios de justiça ou de delineamento já estipulados na Constituição e na legislação. Isso representa a possibilidade de que a decisão mais eficiente economicamente possa não ser a melhor solução jurídica[58].

Daí a pensar que o ponto é estabelecer limites para a aplicação dos critérios de eficiência, tendo como parâmetro central o princípio da dignidade, do qual emanam todos os outros princípios do nosso sistema jurídico.

4. Conclusões

Do que se verificou, por meio desta pesquisa, é que o ANPP, positivado pela Lei 113.964/2019,mfoi proposto com vistas a otimizar a resposta do Estado a determinadas condutas delitivas, praticadas sem violência, com pena

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

55 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 61.

56 WEDY, Miguel Tedesco. A eficiência em direito penal. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 49, p. 69-93, abr/jun. 2013. p. 76.

57 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 68.

58 OLSSON, Gustavo André. Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 138.

mínima inferior a quatro anos e desde que o autor não fosse reincidente. Isto porque, a carga de processos nas varas criminais tem crescido gradativamente, sem que as estruturas do Judiciário e dos demais órgãos e instituições envolvidos na persecução penal crescessem proporcionalmente.

É o que se verifica dos dados obtidos nos relatórios do CNJ e do CNMP, dando conta do número de boletins de ocorrências e processos criminais registrados no ano de 2018, bem como o tempo que levam para serem encerrados antes da execução penal. Permite-se concluir, ainda, que não só o tempo de tramitação é maior do que o esperado, mas também os valores despendidos pelo Estado com a persecução penal e com o sistema penitenciário.

Daí é que se sustenta uma análise econômica do instituto, seja pelo viés do agente que concebe a ação delitiva, seja pelo Estado, detentor do *jus puniendi*. Assim, por meio de análise de custo-benefício do crime, tem-se que um indivíduo tende a cometer um crime quando o benefício oriundo deste seja maior do que os custos suportados e, ainda, quando o lucro seja maior do que o que se receberia, com o mesmo empenho, por meio de atividades lícitas.

Assim, num primeiro momento, a tendência seria maximizar os custos do crime ao agente, de modo a desencorajar sua prática. Acontece que os custos sociais percebidos pelo autor do fato, e também pela sociedade, quando da imposição de sanções com penas de encarceramento, são tão altos quanto os custos econômicos deste tipo de sanção.

Noutras palavras, a pena de encarceramento, embora pareça causar maior impacto no incentivo ao não cometimento de delitos, demanda altos custos, desde a persecução penal até o trânsito em julgado da sentença, passando pela execução da pena, mantendo o sujeito no sistema penitenciário, para então, ainda suportar os custos sociais da ressocialização do mesmo.

Situação diferente ocorre nas penas alternativas e, no ANPP, nas condições impostas, como a reparação do dano à vítima, a perda do objeto do crime, além de outras medidas que podem acarretar o serviço à comunidade. Para além da valorização do ofendido, que será contemplado no acordo, as medidas alternativas à pena privativa de liberdade merecem ser adotadas, notadamente pela possibilidade de redução dos impactos sociais e econômicos, sempre que o nível de dissuasão for o mesmo das penas privativas de liberdade[59].

Veja-se que outro fator que merece ser levado em consideração é o tempo de resposta do Estado ao ato delitivo. Com a aplicação do ANPP, em regra, evita-se o tempo da instrução do processo e de eventuais recursos, sendo que

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

59 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11). p. 46-47.

o autor do fato passará a responder por sua conduta pouco tempo após o cometimento, conferindo à “punição” maior sensação de causa-consequência. Beccaria, no século XVII, já alertava que não é a crueldade da pena o maior freio ao cometimento do delito, mas sim sua infalibilidade, de modo que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo (...)”[60].

Daí porque a ideia de efetividade do direito penal (processual e material) não pode vincular-se unicamente ao cumprimento de uma decisão judicial. Deve ser mais do que isso. Há que se pensar na efetividade, neste caso, como a melhor resposta, social e economicamente. Ou seja, “equiparar a efetividade do processo à efetividade do decidido pelo magistrado é propugnar a inefetividade da cidadania.”[61].

Noutras palavras, na medida em que a resposta a alguns delitos[62] pode ser mais rápida, com menores custos econômicos ao Estado e menores custos sociais ao autor do delito e, ainda, que propiciem a reparação do dano à vítima e alguma contraprestação à sociedade, desaparece o fundamento que sustente ser melhor prosseguir com a persecução penal até a execução da pena para a obtenção de resultados que, senão inferiores, no máximo serão iguais aos obtidos de forma alternativa à prisão.

Enfim, quer parecer que a melhor saída é o afastamento da falsa ideia de utilidade, “que sacrifica mil vantagens reais a um inconveniente imaginário e de poucas conseqüências”[63], quando se trata de políticas públicas e, sobretudo, no trato com o direito penal.

5. Referência

ANDREUCCI, Rircardo Antonio. Legislação penal especial. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.).Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 218. Cap. 10. p. 273-330.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

60 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 87.

61 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidade e efetividade do processo.Revista síntese direito civil e processual civil, São Paulo, n. 1, p. 30-35, set/out. 1999. p. 33.

62 Note-se que, em regra, as condutas delitivas prescritas no Código Penal, passíveis da celebração do ANPP, não são os grandes problemas da sociedade, já que não envolvem violência à pessoa.

63 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 126.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: na economic approach. The Journal of Political Economy, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968.

BENTHAM, Jeremy. Compendio de los tratados de legislacion civil y penal (com notas por D. Joaquin Escriche). 2. ed. t. II. Madri: Libreria de la viuda de calleja e hijos, 1839.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Controle externo da atividade policial em números – Delegacias de Polícia Civil. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/controle-externo-da-atividade-policial-em-numeros-delegacias-de-policia-civil>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento de Estudos e Pesquisas 01. Pronunciamento final em Procedimento de Estudos e Pesquisas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>. Acesso em 21 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181/2017, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 183/201, de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: < https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 23 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 23 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 21 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 16 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 35. Súmulas Vinculantes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>. Acesso em 23 abr. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 218. Cap. 1. p. 19-47.

CAPRIOLO, Dino; JAITMAN, Laura; MELLO, Marcela. Custos de bem-estar do crime no Brasil: um país de contrastes. Inter-American Development Bank. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/docu-

ment/Custos-de-bem-estar-do-crime-no-Brasil-Um-pa%C3%ADs-de-contrastes.pdf>. Acesso em 21 mai. 2020.

CRIME acarreta custos sociais, públicos e privados na América Latina e Caribe: estudo do BID. Disponível em: <https://www.iadb.org/pt/noticias/comunicados-de-imprensa/2017-02-03/quanto-custa-o-crime-e-a-violencia-no-brasil%2C11714.html>. Acesso em 21 mai. 2020.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Teoria e prática dos juizados especiais criminais. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLSSON, Gustavo André. Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

PACHECO, Pedro Mercado. El analisis econômico del derecho: uma reconstruccion teórica. 1. ed. Madri: Centro de Estudos Contitucionales, 1994.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidade e efetividade do processo.Revista síntese direito civil e processual civil, São Paulo, n. 1, p. 30-35, set/out. 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiência e direito penal. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. 1. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. (Coleção Estudos de Direito Penal, n. 11).

SILVA, Marco Antonio Marques da. Juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 1997.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. Economia do crime: uma explicação para a formação do criminoso. 1. Ed. Porto Alegre: AGE, 2006.

WEDY, Miguel Tedesco. A eficiência em direito penal. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 49, p. 69-93, abr/jun. 2013.

Ponta Grossa, 12 de agosto de 2020.

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

Ana Carolina Lorenzetti Mendes[1]
Ana Claudia Lorenzetti Mendes[2]
Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro[3]

SUMÁRIO

RESUMO

O acordo de não-persecução penal é um recente instrumento de política criminal, criado pela Resolução nº 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público, e positivado no ordenamento jurídico através da Lei nº 13.964/19, conhecida como "Pacote Anticrime", a fim de conferir maior celeridade, desburocratização e agilidade aos inquéritos policiais e procedimentos investigatórios criminais. Pode ser proposto ao autor se o órgão ministerial entender não ser caso de arquivamento, às infrações penais com pena mínima inferior a quatro anos e seja necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime, presentes os demais requisitos, em nítida mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Havia discussão acerca da legalidade da negociação, pela criação através de resolução, porém com o advento da Lei nº 13.964/19, foi coloca-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Pós-graduanda em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pela PROJURIS Estudos Jurídicos. Graduada em Direito pela Faculdade de Administração de Santa Cruz – FASC. Advogada. Ex-estagiária do Ministério Público do estado de São Paulo.

2 Pós-graduanda em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pela PROJURIS Estudos Jurídicos. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Analista Jurídico do Ministério Público do estado de São Paulo desde 2012.

3 Mestre e doutorando em Direito. Promotor de Justiça no Ministério Público do estado de São Paulo desde 2014. Professor do UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília desde 2018.

da uma pá de cal no assunto. Referido instituto vem surtindo efeitos positivos, fornecendo resposta penal imediata ao investigado, à vítima e à sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal negociada; acordo de não-persecução penal; instrumento de política criminal; celeridade; resposta penal.

1. Introdução

Pelo fato de o processo apresentar uma sequência de atos, respaldado por diversas garantias, e aliado ao aumento da criminalidade, houve uma multiplicação de demandas penais, gerando grande burocracia e morosidade, além do desgaste causado às partes, em especial ao acusado, não se olvidando, ainda, de que o simples encarceramento nem sempre gera uma resposta penal adequada, pois não raras vezes mais corrompe que ressocializa.

A fim de se prestigiar a economia e celeridade processuais, em verdadeira mitigação ao princípio da obrigatoriedade, surge a justiça penal negociada, trazendo verdadeiros instrumentos de política criminal, com diversos instrumentos, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada, que não foram questionados quando de seu surgimento, devido ao ingresso no ordenamento jurídico através de lei.

Neste contexto de justiça penal negociada, adveio o acordo de não-persecução penal, criado através do artigo 18 da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, posteriormente alterado pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, e recentemente positivado no ordenamento jurídico pelo artigo 28-A da Lei nº 13.964/19.

2. Justiça penal conflitiva

No modelo de justiça penal conflitiva, a pretensão punitiva é exercida através da persecução penal, que é subdividida em dois momentos, o da investigação e o da ação penal. Ou seja, primeiramente o Estado colhe elementos acerca da prática delitiva para, posteriormente, iniciar a segunda fase da persecução penal, acaso presentes elementos mínimos de autoria e materialidade delitivas[4].

No sistema acusatório, os três sujeitos da relação processual penal – juiz, acusado e Ministério Público – estão em pé de igualdade, pois cada função encontra-se em um personagem diverso, a fim de se apurar eventual violação da lei penal, obedecendo ao devido processo legal, corolário de todos os de-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 LIMA, Marcellus Polastri. Ministério público e persecução criminal. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodim, 2016. p. 64.

mais princípios dele decorrentes, respeitando-se os direitos fundamentais dos investigados e das vítimas, bem como as prerrogativas dos defensores. A cada tipo penal há uma pena correspondente, que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.

Contudo, em determinados casos, nem sempre a pena corporal é a melhor opção como resposta à violação da lei penal, porque o sistema penitenciário nunca consegue readaptar o prisioneiro à vida em sociedade, não sendo este o lugar ideal para se tentar recuperar um criminoso, havendo grande probabilidade de o criminoso primário e sem vícios ser contaminado pelos criminosos mais experientes[5].

Ingressando no sistema penal, o condenado se socializa, aprendendo a viver em uma nova sociedade com leis próprias, classes e uma hierarquia que ele se vê na necessidade de respeitar para sobreviver, sendo este o fenômeno da "prisonização", que atinge até os funcionários que convivem com os presos, que aos poucos adquirem a linguagem e o jargão próprios dos presidiários, sendo usado até pelos médicos, assistentes sociais, psicólogos e outros profissionais[6].

Percebe-se, pois, que as prisões mais corrompem que ressocializam, levando os operadores do direito a ponderar acerca da necessidade de novos modelos de resposta penal às práticas delitivas, diversos da privação da liberdade, daí emergindo os institutos de política criminal.

3. Justiça penal negociada

Neste contexto, a fim de fazer frente ao modelo de justiça penal conflitiva, dada a morosidade e burocracia existentes, surgem os contornos da justiça penal negociada.

Necessário ressaltar, como pondera Vladimir Brega Filho que, pelo fato de a pena ser uma forma de controle social, "sua supressão generalizada é de todo inconveniente", pois geraria uma "sensação de inexistência de limites". Afinal, "muitas vezes não é a imposição da pena que coíbe a prática do crime e sim a tipificação da conduta como criminosa", aliada à certeza da punição, sugerindo que as penas de curta duração sejam substituídas por outras medidas que reprimam as infrações penais praticadas e ao mesmo tempo proporcionem a readaptação dos réus[7].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 BREGA FILHO, Vladimir. Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo: eficácia de cada um dos institutos. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 37.

6 ALMEIDA, Gevan de Carvalho. O crime nosso de cada dia. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 110.

7 BREGA FILHO, Vladimir. Suspensão condicional da pena e suspensão condicio-

Partindo destas premissas, destaca-se que há uma tendência internacional da proliferação dos acordos penais, segundo Renee do Ó Souza e Antônio Sérgio Cordeiro Piedade[8]. Discorrem os autores, afirmando que:

> "A internacionalização ou transnacionalidade do crime frutificou na identificação de maneiras diferentes com que o aparato legal enfrentava o delito nos diferentes lugares do mundo. Esta troca de experiências tem, na proliferação dos acordos penais, um pragmático instrumento da ciência penal internacional moderna.

Os acordos penais podem ser compreendidos, de um modo geral, como os ajustes obrigacionais celebrados entre o órgão de acusação e a defesa do acusado por meio de aceitação de uma imediata pena reduzida ou bastante minorada em troca de informações úteis ou da renúncia ao processo criminal."

Ora, tais ajustes penais são um grande avanço, a fim de se compatibilizar a demora do processo – a qual causa um desgaste para o acusado – com a resposta penal ao clamor social decorrente das práticas criminosas, não se olvidando do respaldo às vítimas.

Nos dizeres de Schünemann[9] (2013, p.240, *apud* Piedade e Souza, 2018, p. 104), em especial nos países integrantes da Common Law:

> "o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de justiça, incapaz de conciliar as formalidades

---

nal do processo: eficácia de cada um dos institutos. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p.43-47.

8 PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; SOUZA, Renee do Ó. A colaboração premiada como instrumento de política criminal funcionalista. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 7 – Vol 14, Julho – Dezembro de 2018, p. 104. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-ESMP-SP_n.14.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

9 PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; SOUZA, Renee do Ó. A colaboração premiada como instrumento de política criminal funcionalista. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 7 – Vol 14, Julho – Dezembro de 2018, p. 104. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-ESMP-SP_n.14.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

> procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. Schünemann, embora crítico do instituto, demonstra que não há como ignorar que o *plea bargaining* expandiu-se para a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna (...)."

Verifica-se que a justiça penal negociada surge com o escopo de garantir maior celeridade e economia processual, agilidade na investigação e promoção de sua efetividade[10], aliada à política criminal do não encarceramento, sendo também exemplos emblemáticos a suspensão condicional da pena e a suspensão condicional do processo ("sursis" processual).

Interessante destaque, segundo Arthur Pinto de Lemos Junior e Beatriz Lopes de Oliveira, deve ser dado também ao instituto da colaboração premiada, importante instrumento no âmbito das organizações criminosas, sendo premiada a colaboração para desmantelar casos importantes, complexos e de repercussão, através do acordo, que "materializa e expõe de forma clara, toda a combinação estabelecida com a Defesa técnica do acusado, ao mesmo tempo em que lhe confere segurança para colaborar com o órgão acusatório", sendo a ele expostas as vantagens processuais que podem advir de sua contribuição[11].

Neste ambiente de justiça negociada nasceu o acordo de não-persecução penal, verdadeira prerrogativa em favor do suposto autor que, respaldado no saber técnico de seu defensor, tem a opção de não ser processado, desde que cumpridas determinadas condições.

4. Legalidade do acordo de não-persecução penal

O acordo de não-persecução penal surgiu para suprir a lacuna de uma justiça negociada no tocante às infrações de médio potencial ofensivo. Inicial-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Pronunciamento final em Procedimento de Estudo. p. 4. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

11 LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Crime organizado e a lei nº 12.850/13. São Paulo: Verbatim, 2014. p.43 e 47.

mente previsto no artigo 18 da Resolução nº 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada posteriormente pela Resolução nº 183/2018 e, no final do ano de 2019, positivado no artigo 28-A da Lei nº 13.964/19.

Vale destacar que, antes de sua positivação legal, foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a referida resolução: a ADI nº 5.790, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e a ADI nº 5.793, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

A primeira[12] entendia pela extrapolação do poder regulamentar, inovando no ordenamento jurídico, pois compete à União legislar privativamente acerca de direito penal e processual, ao passo que a segunda[13] apontava ofensa aos princípios da reserva legal e da segurança jurídica, violando a indisponibilidade da ação penal, imparcialidade, impessoalidade, ampla defesa, contraditório, devido processo legal e inviolabilidade de domicílio, além de usurpar a competência privativa da União e da instituição policial, e exceder o poder regulamentar conferido ao CNMP. Houve manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido de perda superveniente do objeto, diante do advento da Lei nº 13.964/19.

Mesmo antes de sua positivação legal, parcela da doutrina já entendia pela constitucionalidade da avença, pelo fato de não dispor sobre matérias de direito penal e processo penal, mas sim por se revestir de matéria afeta à política criminal, tornando legítima a normatização efetivada pelo CNMP[14].

O Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo (CAOCrim) se posicionava pela constitucionalidade da resolução[15], pelo fato de a mesma dialogar de forma legítima com a Constituição Federal, por ser instrumento de política criminal.

Pela pertinência temática, destaco enriquecedor comentário tecido acerca da constitucionalidade emitido pelo órgão de apoio do *Parquet* bandeirante:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5790. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS x CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, protocolada em 06.10.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

13 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5793. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB x CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, protocolada em 13.10.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

14 MORAIS, Hermes Duarte. Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da justiça penal consensual? Revista Consultor Jurídico, 30/11/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

15 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAO-Crim – Boletim Criminal Comentado – setembro 2018 (semana 3). p. 07. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20_3.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

"Vislumbra-se nessa iniciativa importante manifestação do funcionalismo penal na medida em que a Resolução editada navega naquilo que se denomina de espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis da política criminal.

A política criminal, segundo Figueiredo Dias (1999, p. 42 *apud* Boletim Criminal Comentado, 2018, p. 7), tem a função de "servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização".

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial, sendo que o recorte efetuado pela resolução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos o ciclo restrito de infrações que serão por ele alcançadas.

A alegação de que o acordo de não-persecução viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal merece ser rebatida. Lembramos que tal princípio não está expressamente previsto na CF/88. Países que anunciam expressamente o princípio da obrigatoriedade na sua Constituição, como a Itália, trabalham na mesma Carta a Justiça Penal Negociada desde a fase extraprocessual. O Conselho da Europa recomenda aos países do Continente respostas alternativas na solução das lides penais (Recomendação 87). Entre nós, as Regras de Tóquio (...) orientam no mesmo sentido."[16]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAO-Crim – Boletim Crimi-

Notava-se grande reserva dos órgãos de execução ministeriais acerca da aplicação do instrumento implementado pela resolução, pelo fato de não ter sido editado por uma lei, o que caiu por terra com sua positivação legal.

Interessante pontuar que a resolução tem inspiração alemã, tendo, inclusive naquele país, sido inicialmente aplicada sem previsão legal, através de práticas informais de promotores, que constataram a incapacidade de o sistema processar todos os casos, o que foi posteriormente chancelado pela Suprema Corte, entendendo pela constitucionalidade dos ajustes[17].

Diante dos novos contornos trazidos ao sistema de justiça penal, com a ampliação da justiça penal negociada, paulatinamente vem ocorrendo uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, diante dos institutos de política criminal, o que notadamente acontece com o acordo de não-persecução penal, não restando discussão após sua positivação legal.

5. Vantagens de sua celebração

As vantagens da celebração do acordo são inúmeras, tais como a celeridade, a desburocratização e a rápida resposta penal ao investigado, à vítima e à sociedade.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes destaca que a política de barganha nacional é importante para a eficiência e celeridade da justiça penal, passando-se de um processo repleto de garantias, rituais e liturgias, para um processo de negociação mais falado, célere e informal, inicialmente com a transação penal e a suspensão condicional do processo, passando pela delação e colaboração premiada, sendo o acordo um procedimento menos garantístico e mais célere, oferecendo uma relação custo-benefício considerável aos negociadores, em que o acusado não permanece com o estigma de possuir uma condenação ou de ser reincidente[18].

Também foram exaustivamente expostas as vantagens da avença no pronunciamento final da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Mi-

---

nal Comentado – setembro 2018 (semana 3). p. 08. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20_3.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

17 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. Revista Consultor Jurídico, 18 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

18 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Democracia e Isonomia no banco dos réus. Dialógico- Revista do Movimento do Ministério Público Democrático, ano XV, nº 54, 2018, p. 14-16. Disponível em: <https://mpd.org.br/wp-content/uploads/2019/01/MPD-Revista-54-Digital.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

nistério Público, pontuando-se que:

> "(...) haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judicias, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais."[19]

Em suma, o pacto tem por finalidade que o investigado cumpra espontânea e voluntariamente parcela das sanções restritivas de direito que provavelmente lhe seriam impostas por uma sentença penal, porém sem as graves restrições que uma decisão desta natureza lhe traria, agilizando a resposta à violação da lei penal e minorando os efeitos prejudiciais das imposições da pena judicial, deixando o *Parquet* de ter interesse processual na propositura da ação penal, acaso cumpridas as condições por ele acordadas com o investigado e seu defensor, já que satisfeita a pretensão punitiva estatal, razão pela qual deve a investigação ser arquivada[20].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

19 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Pronunciamento final em Procedimento de Estudo. p. 32. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

20 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Pronunciamento final em Procedimento de Estudo. p. 31. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

Devido à ausência de previsão legal, as unidades federativas vinham aplicando de forma tímida. A título de conhecimento, apenas em junho de 2019 foi homologado o primeiro ajuste no Distrito Federal[21], porém com efeitos extremamente positivos, consoante ressaltado pelo órgão ministerial:

> "É um enorme ganho em resolutividade, celeridade e restauratividade, pois ao Ministério Público se permite buscar a via consensual para pacificar um conflito pouco grave. A diferença é que se economiza em tempo de audiência e de pessoal, tudo sem perder a espontaneidade da confissão e a ampla defesa, já que o ato fica gravado em sistema audiovisual e é acompanhado por um advogado."

No estado de São Paulo, a aplicação da avença pelos órgãos de execução vinha sendo incentivada desde o advento da resolução, dados os efeitos benéficos do instituto. Sandra Reimberg, promotora de justiça que celebrou o centésimo acordo no estado de São Paulo, aduz que o ajuste veio ao encontro dos anseios do órgão ministerial, por se tratar de proposta para solução do conflito de forma mais rápida, dando resposta penal ao autor do fato e à sociedade e vítima, mostrando-lhe maior celeridade e rapidez da justiça, podendo com o tempo restante os demais atores da justiça se dedicar a casos mais complexos, diante da redução do número de audiências e da análise de processos judiciais[22].

Ponto positivo por ela ressaltado foi que a Defensoria Pública foi receptiva e a Polícia Civil, pelo fato de ser o primeiro órgão a ter contato com o auto do delito, também pode se beneficiar deste acordo, pois, ao realizar pedido de prazo ao órgão de persecução penal, já sinaliza eventual possibilidade do cabimento do acordo, gerando celeridade inclusive nos procedimentos policiais, destacando, ainda, em seu entender, que a reparação do dano seria obrigatória, pensando na vítima, aliada a outra pena restritiva, em casos de crimes que

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 NASCIMENTO, Fábio. Justiça homologa primeiro acordo de não persecução penal do Distrito Federal. Revista Consultor Jurídico, 12 de junho de 2019, 16h38. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-12/justica-homologa-primeiro-acordo-nao-persecucao-penal-df>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

22 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Estúdio MPSP 75 – Sandra Reimberg, promotora de justiça. 2019. (12m). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RrR33O8U_EY>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

não possuam grande repercussão econômica[23].

Em síntese, Sandra Reimberg[24] explica que se trata de forma mais célere de solução dos conflitos, que atende melhor aos interesses da sociedade, não havendo empecilho, já que as partes apenas celebram se estiverem de acordo, e é medida interessante para o autor, por não constar de seus assentos criminais o procedimento, além de também ser interessante para a vítima, por vislumbrar desde logo o resultado final – o autor assumindo responsabilidade pelo que fez, pagando uma reparação de dano de forma imediata – o que difere do rito comum, em que a vítima teria que aguardar a sentença no âmbito criminal para posteriormente executar ou ingressar com ação no juizado especial – e outra pena restritiva, sendo uma célere solução ao caso. Comenta a promotora de justiça que as vítimas não desejam punição do autor, e sim a reparação do erro praticado, como por exemplo, em um caso de estelionato.

A título de exemplo, no estado de São Paulo haviam sido celebrados 47 acordos no ano de 2018, 793 no ano de 2019 e, após a positivação legal do ajuste, no ano de 2020 foram celebrados 2.823 acordos, até o dia 05 de agosto de 2020[25], alcançando a marca de quase 3.700 ajustes celebrados no estado, segundo dados do Centro de Apoio Operacional Criminal (CAOCrim) do Ministério Público do Estado de São Paulo, asseverando o Coordenador, Arthur Pinto de Lemos Júnior, que referido instituto alinha-se ao processo penal moderno e à política criminal trazido pelo Ministério Público do estado de São Paulo, ao satisfazer e proteger os interesses da vítima.

6. Requisitos legais

Antes previstos na Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público[26], agora os requisitos foram positivados no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

É cabível a proposta quando o órgão ministerial verificar não ser caso

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Estúdio MPSP 75 – Sandra Reimberg, promotora de justiça. 2019. (12m). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RrR33O8U_EY>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

24 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Estúdio MPSP 75 – Sandra Reimberg, promotora de justiça. 2019. (12m). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RrR33O8U_EY>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

25 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Justiça penal negociada. Acordos de não Persecução Penal celebrados no Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/justica-penalnegociada/anpp%20-%20graficos.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

26 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>.Acesso em: 30 de julho de 2019.

de arquivamento do procedimento investigatório penal em questão, e a pena mínima cominada à infração penal apurada seja inferior a 04 anos, além de não ter sido praticada com violência ou grave ameaça à pessoa.

Segundo a lei, a proposta pode ser efetuada se necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa e alternativamente: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto impossibilidade; renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do Código Penal; pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função, proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ainda, o §1º alerta que para se aferir a pena mínima cominada devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Por sua vez, o §2º destaca as hipóteses de não cabimento da avença, quais sejam: acaso cabível a transação penal; se o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; se o agente foi beneficiado nos últimos 05 anos anteriores à prática do fato com o acordo, transação penal ou suspensão condicional do processo; nos crimes praticados no contexto de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Os parágrafos seguintes trazem informações acerca das formalidades, revelando que será formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, sendo que para a homologação do acordo será realizada audiência para que o juiz verifique a voluntariedade, através de oitiva do investigado na presença de seu defensor, bem como a legalidade. Acaso o juiz entenda inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições, devolverá os autos ao órgão ministerial para que este reformule a proposta do acordo, com concordância do investigado e de seu defensor.

Segundo o artigo 3º-B, inciso XVII, cabe ao juiz de garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação, devendo-se relembrar que por ora o dispositivo se encontra suspenso pelo Supremo Tribunal Federal.

Acaso seja homologado judicialmente o ajuste, o juiz devolverá os autos ao órgão ministerial para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. Pode o juiz recusar a homologação da proposta se ela não atender aos requisitos legais ou se não realizada a adequação acima citada. Acaso seja recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao órgão ministerial para análise de necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

Importante previsão que demonstra preocupação com a vítima é aquela contida no §9º, ao dispor que a vítima será intimada da homologação do acordo e de seu descumprimento. Acaso sejam descumpridas as condições entabuladas, o órgão ministerial deverá comunicar o juízo, para fins de rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

Vale destacar, também, que o descumprimento do acordo pelo investigado pode ser usado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo.

À semelhança do que ocorre com a transação penal, também no caso do acordo de não-persecução penal, a celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para análise de nova concessão no lapso de 05 anos.

Por fim, acaso o investigado cumpra integralmente a avença, o juízo decretará a extinção da punibilidade.

Derradeiramente, existe a previsão de possibilidade de requerimento, pelo investigado, de remessa dos autos ao órgão superior, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, acaso o órgão ministerial se recuse a propor o acordo.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 581, inciso XXV, ressalta caber recurso em sentido estrito de decisão que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal.

Vale destacar, ainda, que a lei não repetiu algumas previsões normativas contida na resolução, de sorte que não há vedação legal à proposta em casos de crimes hediondos ou equiparados, e não há teto para o valor do dano causado, diferentemente da previsão anterior, que negava a proposta para delitos com dano causado superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão. A lei também não previu expressamente a necessidade de gravação audiovisual da confissão detalhada dos fatos e das tratativas do acordo. No caso da prestação de serviços à comunidade e do pagamento da prestação pecuniária, a resolução previa caber ao órgão ministerial a indicação, e a lei prevê que cabe ao juízo da execução. Por fim, referido benefício também não se aplicava aos delitos

cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina[27], o que não foi encampado pela lei.

Ocorre que no caso dos crimes hediondos e equiparados, há entendimento do Ministério Público do estado de São Paulo, consubstanciado no Enunciado nº 22 da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo, de que o acordo é incompatível, pelo fato de o ajuste se restringir a situações em que se mostre necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.[28]

Ainda, a resolução preconizava que referido ajuste poderia ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia, o que, embora não tenha vindo de forma expressa, está em sintonia com o Código de Processo Penal, pois inclusive nesta audiência pode haver oferecimento de denúncia, recebimento da peça, instrução processual e posterior sentença. Outrossim, vale lembrar que a audiência de custódia também adentrou no sistema de justiça através de resolução e agora foi positivada pela Lei nº 13.964/19.

Por fim, discute-se se o ajuste pode ser aplicado aos processos em andamento, de sorte que, a despeito de se tratar de norma mista ou híbrida, é necessário se efetuar um recorte temporal, conforme a etapa em que se encontre o processo, respondendo o Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo (CAOCrim) de forma afirmativa à possibilidade de retroatividade, porém até o advento da sentença condenatória[29].

7. Conclusões

O acordo de não-persecução penal foi trazido ao ordenamento jurídico pela Resolução nº 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público. Devido à previsão inicial por ato normativo primário, inicialmente foi questionada sua legalidade, a despeito de parcela da doutrina já se inclinar pela constitucionalidade, pelo fato de não dispor sobre matérias de direito penal e processo penal, mas sim por se revestir de matéria afeta à política criminal, tornando legítima a normatização efetivada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2019.

28 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Enunciados PGJ-CGMP – Lei nº 13.964/19 Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

29 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAO – Crim – Boletim Criminal Comentado nº 87 – 04/2020 (semana nº 02). p. 06. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20ABRIL%2020%20semana%202.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

O instrumento ganhou espaço com a positivação através da Lei nº 13.964/19, já tendo sido celebrados, por exemplo, aproximadamente 3.700 acordos, pelo Ministério Público do estado de São Paulo até o mês de agosto do ano de 2020.

O pacto foi elaborado no espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes de política criminal, efetuando-se um recorte restrito de infrações penais por ele alcançadas, gerando a desburocratização do procedimento penal, agilidade na investigação e promoção de sua efetividade, dada a celeridade da resolução do conflito de forma negociada, estando sempre o investigado acompanhado de seu defensor, sendo de aceitação facultativa e havendo controle dos atos praticados pelo Poder Judiciário.

Trata-se de verdadeiro instrumento de política criminal a fim de promover uma mais célere resolução do conflito penal, pela justiça negociada, fornecendo uma resposta imediata ao autor, à vítima e à sociedade, restabelecendo-se a paz social violada com a prática delitiva. Por sua vez, a lei reflete grande preocupação com a vítima, o que já existia na resolução, em sintonia com o processo penal moderno e com a política criminal do *Parquet* bandeirante, ao prever reparação do dano à vítima, bem como que ela seja intimada nos casos de homologação do ajuste e nos casos de seu descumprimento.

Conclui-se que o acordo apresenta grandes vantagens, tendo por escopo que o investigado cumpra espontânea e voluntariamente parcela das sanções restritivas de direito que provavelmente lhe seriam impostas por uma sentença penal, porém sem as graves restrições que referida decisão lhe traria, agilizando a resposta à violação da lei penal e minorando os efeitos deletérios da imposição de uma pena após o devido processo legal, deixando o *Parquet* de ter interesse processual na propositura da ação penal se cumpridas as condições acordadas, devendo ser a investigação arquivada diante da satisfação da pretensão punitiva estatal.

8. Referências

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. O crime nosso de cada dia. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo: eficácia de cada um dos institutos. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. Revista Consultor Jurídico, 18 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Pronunciamento final em Procedimento de Estudo. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

________. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2019.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Crime organizado e a lei nº 12.850/13. São Paulo: Verbatim, 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. Ministério público e persecução criminal. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodim, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAO – Crim – Boletim Criminal Comentado nº 87 – 04/2020 (semana nº 02). p. 06. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20ABRIL%2020%20semana%202.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

________. CAO – Crim – Boletim Criminal Comentado nº 105 – 08/2020 (semana nº 04). p. 03. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20105%20(3).pdf >. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

________. Enunciados PGJ-CGMP – Lei nº 13.964/19. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

________. Estúdio MPSP 75 – Sandra Reimberg, promotora de justiça. 2019. (12m). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RrR33O8U_EY>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

________. Justiça penal negociada. Acordos de não Persecução Penal celebrados no Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/justicapenalnegociada/anpp%20-%20graficos.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Democracia e Isonomia no banco dos

réus. Dialógico- Revista do Movimento do Ministério Público Democrático, ano XV, nº 54, 2018. Disponível em: <https://mpd.org.br/wp-content/uploads/2019/01/MPD-Revista-54-Digital.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

MORAIS, Hermes Duarte. Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da justiça penal consensual? Revista Consultor Jurídico, 30/11/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

NASCIMENTO, Fábio. Justiça homologa primeiro acordo de não persecução penal do Distrito Federal. Revista Consultor Jurídico, 12 de junho de 2019, 16h38. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-12/justica-homologa-primeiro-acordo-nao-persecucao-penal-df>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; SOUZA, Renee do Ó. A colaboração premiada como instrumento de política criminal funcionalista. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 7 – Vol 14, Julho – Dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-ESMP-SP_n.14.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5790. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS x CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, protocolada em 06.10.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

________. ADI 5793. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB x CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, protocolada em 13.10.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

25.08.2020

CRISE DO ESTADO MODERNO, MOTIVAÇÃO JUDICIAL E PRISÃO PREVENTIVA: REFLEXÕES A PARTIR DO PACOTE ANTICRIME

Ana Carolina Mezzalira[1]

SUMÁRIO

RESUMO

O presente trabalho pretende refletir sobre a importância da motivação nas decisões judiciais após a crise do conhecimento moderno, período em que a racionalidade e o positivismo deram lugar à subjetividade e ao sentir do juiz, permitindo que tais características também estivessem presentes no ato de julgar. Em que pese a motivação judicial já tenha salvaguarda na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, o pacote anticrime incluiu previsão expressa acerca do tema também para a aplicação da prisão preventiva, corroborando a imperiosidade de adequada fundamentação das decisões que optam pelo encarceramento antecipado, em respeito às garantias fundamentais do acusado. A motivação judicial, em verdade, é a única garantia efetivamente capaz de proteger o indivíduo do arbítrio estatal e da injustiça praticada cotidianamente, sob o véu da imparcialidade, da certeza e da razão.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Moderno; Motivação Judicial; Prisão Preventiva; Lei anticrime; Garantias fundamentais.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestranda pelo programa Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul (Susepe), atuando no atendimento das pessoas presas nos estabelecimentos penais de regime fechado e semiaberto do estado, bem como no assessoramento jurídico do Superintendente do órgão prisional.

1. Introdução

O Estado Moderno foi responsável por estabelecer o racionalismo como base do conhecimento, aliado ao positivismo e às ideias iluministas, advindas com a classe burguesa. É neste período histórico que os alicerces do atual Sistema de Justiça foram arquitetados e construídos, pautados pelo mito[2] do juiz como sendo um ser alheio às paixões, neutro, "boca da lei", totalmente racional e detentor de uma verdade suprema.

Com o advento do século XIX e o período industrial, a sociedade de massas que se forma passa a questionar as ideias racionalistas e burguesas, exigindo do Estado não apenas garantias não intervencionistas, em consonância estrita com a Lei, mas também uma atuação positiva, a partir da construção de novas ideias jurídicas, baseadas no pensar e no sentir do julgador, que agora pode decidir com base no binômio racionalidade/emoção (objetividade/subjetividade).

É a partir de então, dessa crise do conhecimento moderno, que o papel do juiz passa a transpor a letra fria da Lei e toma novos contornos, permitindo uma maior abrangência de interpretação e ressignificação da norma positivada. Entretanto, essa liberdade de decidir gera graves riscos à Jurisdição, possibilitando que o juiz atue de forma arbitrária, ignorando a adequada análise das provas coligidas ao processo e inviabilizando o controle pelas partes e pela sociedade.

É nesse contexto que a motivação judicial ganha relevância, pois somente ela permite, em tempos de liberdade de julgamento, a vedação pelo juiz de escolhas intuitivas e arbitrárias, garantindo que a decisão judicial esteja em consonância com todas as demais garantias fundamentais do acusado como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. O art. 93, inciso IX, da Constituição Federal estabelece que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

O Código de Processo Penal por sua vez, por meio de reformas pontuais, porém, necessárias, vem adequando o seu diploma legal ao texto constitucional no tocante à necessidade de motivação das decisões proferidas em âmbito

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 KHALED Jr. alerta que "mitos determinam modelos de comportamento e oferecem uma legitimação para o poder de determinado grupo social, como é o caso, por exemplo, do mito da infalibilidade do juiz para revelar a verdade sobre o passado". E segue o autor, asseverando que "o aspecto mítico é reforçado pela ritualística que envolve a prestação jurisdicional, que reveste essa atividade – que deveria ser laica – de uma atmosfera tipicamente sagrada" (in Ambição de Verdade no Processo Penal: uma introdução. 3ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2019, p. 71).

criminal. Nesse sentido, o art. 155 já estabelece a livre convicção motivada ou a persuasão racional como critério de julgamento pelo juiz, impondo, assim, a necessidade de fundamentação e exposição de justificativas de fato e de direito que o levaram a decidir.

Com a aprovação do Pacote Anticrime, a Lei nº 13.964/19 trouxe a motivação também como regra impositiva para a decisão que decreta a prisão preventiva, tendo em vista tratar-se de medida excepcional, a qual deve ser a última opção do juiz. Dessa forma, em que pese a regra constitucional já pudesse ser considerada suficiente para impor ao magistrado a devida fundamentação do encarceramento antecipado, agora, os arts. 312 e 315 do Código de Processo Penal corroboram essa exigência, reforçando a ideia de que a prisão preventiva é a *ultima ratio* e que, em um Sistema Acusatório, a liberdade é a regra.

2. A crise do conhecimento moderno e o advento da subjetividade na decisão judicial

Após o surgimento do Estado Moderno, pautado na racionalidade e no pensamento positivista, o século XIX trouxe uma forte mudança do pensamento intelectual, tendo em vista o novo momento histórico-cultural pelo qual a sociedade passava, fortelemente influenciada pela sociedade de massa e pela industrialização, situação que afeta a realidade econômico-social dos indivíduos, mudando também a realidade das cidades, das moradias, das famílias etc.

Nesse sentido, BAUMER assevera que o final do séxulo XIX foi marcado por uma forte reação contra o culto extremo à ciência e à racionalidade, pois tal representava a "garra apertada da lei", impedindo a liberdade dos indivíduos. É neste momento que as ideias relacionadas à subjetividade e às emoções tomam relevância, contrapondo o pensamento predominante da época[3].

Esses são alguns dos fatores que colocam em xeque o conhecimento moderno e tudo aquilo que se compreendia até então acerca da prestação jurisdicional, exigindo dos governantes uma nova forma de atuação, pautada em uma filosofia de intervenção diversa, não mais absenteísta e exclusivamente telespectadora, mas moderadora e atuante, com o dever de equilibrar as garantias individuais e as necessidades econômicas e sociais dos indivíduos, haja vista as graves desigualdades que surgem nesse período histórico.

Assim, o modelo liberal de Estado vai perdendo lugar para um novo modelo – social - , preocupado com a subjetividade dos indivíduos e com as

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 BAUMER, Franklin L. O pensamento Europeu Moderno. Volume II – séculos XIX e XX, 1977, pg. 134.

desigualdades da população, situação que, por óbvio, se reflete na jurisdição, que passa a não mais agir somente de forma utilitarista, positivista, garantidora dos direitos de primeira geração, mas como responsável por prover os direitos de segunda geração, pautados na coletividade, bem como permitindo que o juiz seja criativo nas suas decisões, a partir das novas demandas que se apresentam.

A partir dessa nova perspectiva, passa-se a aceitar a possibilidade de coexistência de jurisdição e insegurança/imprevisibilidade, bem como da decisão judicial estar atrelada tanto à razão (objetividade) quanto à emoção (subjetividade). Dessa forma, passa-se a compreender que a razão não deveria ter a subjetividade como adversária, mas como uma aliada, sendo imperioso que os pilares jurisdicionais que embasam a ideia de motivação da decisão judicial, de imparcialidade, fossem repensados, admitindo que a emoção seja algo inerente ao julgador e que esteja presente no momento de proferir qualquer decisão judicial, não sendo tal conclusão negativa ou prejudicial[4].

A corroborar esse entendimento, importa mencionar o estudo neurocientífico de DAMÁSIO[5], no qual restou demonstrado que as emoções e os sentimentos são liames essenciais e indissociáveis entre corpo e mente, não havendo como o indivíduo ser racional sem ser igualmente emocional. A fim de comprovar a sua teoria, o autor apresenta o caso de um homem que, após ser agredido com uma barra de ferro na cabeça, passa a apresentar uma mudança de personalidade, tendo dificuldades de agir de forma racional a partir de então. Dessa forma, demonstrou-se que o cérebro depende das emoções para funcionar e oferecer respostas racionais e lógicas às questões do mundo.

Portanto, a conclusão de que razão e emoção são indissociáveis afeta diretamente a visão que devemos ter sobre o ato de julgar. Além disso, não é adequado entenderemos que a subjetividade do julgador prejudica o conceito de imparcialidade e, consequentemente, a visão de jurisdição com um todo. Isso porque, assim como os conceitos de verdade real, de certeza, de previsibilidade, a ideia de imparcialidade desconectada das emoções trata-se de mais um mito jurídico que precisa ser superado, pois construído no período da Razão Moderna, sendo imperioso que passemos a desconstruí-lo, adequando-o às ideias pós-modernas.

Faz-se fundamental refletirmos sobre a ideia de imparcialidade, a qual, corriqueiramente, é posta em oposição à subjetividade e à emoção, como se tais atributos tornassem o juiz parcial, somente estando apto a julgar se atuar

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. Revista da Ajuris, nº 108, p. 167-182, dez. de 2007

5 DAMÁSIO, Antônio. O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de: Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

de forma estritamente racional. Esse entendimento advém do Estado Moderno, onde a subjetividade era entendida como prejudicial ao ato de julgar. Assim, a doutrina majoritária ainda percebe a imparcialidade naquela antiga visão Moderna, entendendo como necessária "a preservação e controle da sua racionalidade, da sua pureza ou não contaminação subjetiva"[6].

Quanto ao conceito de verdade, impregnada ao processo desde os tempos Modernos, a base teórica construída naquele período partia da ideia de que ao juiz seria possível obter a verdade real através da reconstrução dos fatos históricos realizada nos autos, não devendo serem impostos limites para a busca desse ideal[7]. Porém, COUTINHO[8] alerta que "há algo escondido no discurso da Verdade/verdade de alguns, transformando-os em lobos em peles de cordeiros". Segundo ele, a verdade do processo penal nunca será uma efetiva verdade, tratando-se sempre de uma verdade limitada frente ao todo.

3. A decisão judicial no contexto da prisão preventiva

Dentre as medidas cautelares pessoais previstas no Processo Penal brasileiro, chama atenção a figura da prisão preventiva, pois, segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018[9], 40,03% dos indivíduos recolhidos em todo o sistema prisional brasileiro, até aquele ano, não possuíam sequer condenação em primeiro grau de jurisdição, estando provisoriamente encarcerados aguardando julgamento.

Em âmbito estadual, o mapa da população prisional do Rio Grande do Sul em 19 de agosto de 2020, disponibilizado pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe)[10], demonstrava que até aquela data, 47% dos indivíduos que compunham o regime fechado de todos os estabelecimentos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. Revista da Ajuris, nº 108, p. 167-182, dez. de 2007, p. 172.

7 Segundo Salah KHALED Jr, "o Direito ainda conserva – em algumas correntes – parte da inocência científica típica dos oitocentos, que se encontra ligada a ideia de verdade real, de ausência de interpretação e de correspondência estrita entre o que aconteceu e o que o processo supostamente verificou. Essa é uma noção que para os historiadores atuais seria absolutamente impensável. Não há mais quem defenda tamanha pobreza intelectual, situação que contrasta com o que pensam muitos processualistas penais".(In Ambição de Verdade no Processo Penal: uma introdução. 3ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2019, p. 73).

8 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? Site Conjur. Disponível em< https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em 26 jun. 2020.

9 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf. Acesso em 10 out. 2019.

10 Disponível em http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/8325/?Ano_2020. Acesso em 21 ago. 2020.

prisionais gaúchos ainda não possuíam condenação transitada em julgado, estando recolhidos provisoriamente - a esmagadora maioria em razão de prisão preventiva decretada em processo criminal em andamento.

Os dados acima mencionados demonstram que a sociedade pós-moderna vem alimentando um punitivisto desenfreado, fruto do medo e da insegurança gerados por uma “população horrorizada por sua própria vulnerabilidade” [11], em razão da falta de controle pelo poder político. Nesse contexto, um dos principais argumentos apresentados para justificar a aplicação da prisão preventiva é a necessidade de proteção e defesa da sociedade, visando respostas rápidas e urgentes[12] aos processos criminais, exacerbando a visão meramente utilitarista da persecução penal.

Porém, não há dúvidas de que a busca por uma celeridade desencontrada das garantias processuais mínimas é capaz de gerar decisões autoritárias e inquisitoriais, colocando em risco o Sistema Acusatório e gerando consequências extremamente perversas para aqueles que sofrem os arbítrios deste poder estatal[13].

Nesse contexto, as discussões epistemológicas envolvendo a decisão judicial que determina o encarceramento antecipado do indivíduo tomam cada vez maior relevância, já que os dados estatísticos apresentados pelos órgãos de justiça e segurança, bem como a realidade constatada diariamente pelos profissionais do Direito que atuam nos processos criminais, evidenciam o uso

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

11 GIACOMOLLI, Nereu José. Funcionalidade cautelar no Processo Penal contemporâneo: Entre a violência simbólica e o Devido Processo Penal. Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere. Anais do IV Encontro Nacional do IBRASPP, p. 30.

12 Nesse ponto, importa relembrarmos a lição de OST sobre o tempo, que “já não é o da duração, da expectativa, do projecto paciente e da longa memória. Radicalmente acelerado, é reconduzido do longo prazo ao curto prazo, e deste ao imediato (O tempo do Direito. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999).

13 Para melhor compreensão da perversidade do encarceramento antecipado, nada mais adequado do que acessarmos as falas daqueles que efetivamente vivenciam essa realidade. Nos 4 volumes da obra “Vozes de um Tempo”, onde são compilados relatos e vivências de pessoas privadas de liberdade no estado do Rio Grande do Sul, é possível nos conectarmos de forma mais efetiva com sentimentos que nós, aqui fora, somente podemos acessar abstratamente. Em um dos textos, L.L.G. nos relata o seguinte: “Dia 22 de junho de 2016, minha vida virou de pernas pra cima. Me envolvi numa briga onde um casal veio agredir meu pai verbalmente e fisicamente. Eu interferi para defender meu pai e acabei matando um homem com uma faca, numa briga de mano a mano; meu pai veio preso no dia, e eu fugi, somente me entreguei cinco dias depois à polícia. Assumi a culpa do homicídio, mas meu pai continuou preso injustamente. Tinha sido agredido, já estava doente e com pedras nos rins. Não completou um mês preso, teve que ser operado e retornou ao presídio. No dia 16 de setembro, ele se suicidou, tinha caído em depressão: nós éramos réus primários bem vistos na comunidade e sociedade, mas na justiça viramos grandes bandidos. Mas o velório do meu pai foi um dos maiores da comunidade, devido à tragédia. Éramos agricultores do interior: hoje ainda estou preso, mas não fui ouvido pela justiça”. (DREHER, Ana Luisa Florence Luz (org). Vozes de um tempo. Vol. 3. Concórdia editora, 2017, p. 56).

frequente dessa medida cautelar pela Justiça Penal, pelos mais diversos motivos.

Do ponto de vista dogmático-normativo, os contornos e limites que autorizam a aplicação da prisão preventiva pelo juiz estão estabelecidos no art. 312 do Código Processo Penal, o qual, em sua parte final, exige a demonstração de provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado[14], para imposição daquela medida. Após verificado o *fumus commissi delicti*[15]*,* o mesmo dispositivo legal exige, ainda, a análise de fundamentos, os quais permitiriam a verificação do *periculum libertatis*[16]*.*

Ocorre que, a partir da análise dos fundamentos que justificam a decretação da prisão preventiva, é possível verificar que, da maneira como estão previstos, não se prestam satisfatoriamente a impor limites sérios ao julgador quando da decretação da medida, permitindo largas interpretações e a inclusão das mais diversas justificativas autorizadoras do encarceramento antecipado, muitas delas em dissonância com as garantias fundamentais do indivíduo, causando prisões desnecessárias, ilegais e injustas.

Os fundamentos que hoje permitem ao juiz decretar o cerceamento da liberdade do indivíduo antes de uma condenação ainda são os mesmos estabelecidos quando da criação do Código de Processo Penal, em 1941, época marcada pela criação de leis fortemente influenciadas pelas ideias do regime autoritário e fascista[17]. Nesse sentido, a legislação processual penal brasileira

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

14 Ressalta-se que a exigência de demonstração do "perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado" foi acrescentado pelo pacote anticrime, conforme Lei nº 13.964/2019.

15 Utilizaremos esse termo para denominar os requisitos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade que devem ser verificados quando da decretação da prisão preventiva, pois concordamos com o posicionamento de Aury Lopes Jr. sobre a necessidade de abandonar a teoria geral do processo quando analisamos fenômenos atinentes especificamente ao processo penal, como é o caso da prisão cautelar, não havendo que se falar em fumus boni iuris (Prisões Cautelares. 5º edição. Saraiva jur. 2018, p. 93).

16 Termo que melhor se adequa ao processo penal, ao contrário do periculum in mora, equivocadamente extraído do processo civil; "é necessário abandonar a doutrina civilista de CALAMANDREI para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal" (LOPES JR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 5º edição, 2019, p. 27).

17 O Código processual penal brasileiro "recebeu forte influência do processo penal italiano de 1930 [...].O referido Código Rocco, assim denominado, era dotado de um invejável "espírito reacionário", em que o papel da defesa era considerado supérfluo. Os acusados, nesse modelo, são presumidamente culpados e sobre eles recai a regra da prisão, cuja detenção preventiva é indefinida [...]. Desse modo, o princípio fundamental que norteava o CPP era o da presunção de culpabilidade" (SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. Ordem pública e prisão preventiva: uma investigação histórico-política. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ano 7, v.15 (maio/ agosto.2016). Porto Alegre. p. 81).

sofreu esta mesma influência, especialmente quando da elaboração das regras atinentes às prisões provisórias, conforme é possível perceber pela exposição de motivos do Código apresentada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos.

E essa carência normativa no que diz respeito à prisão preventiva, esta ausência de conceitos e limites bem definidos para incidência da medida, muitas vezes acarretam um outro grave problema, qual seja, a ampla margem para a atuação da interpretação do juiz nas suas decisões, autorizando um ativismo judicial, sob o pretexto de garantir direitos e dar conta de uma vasta gama de interesses[18].

3.1 Prisão Preventiva e Reformas Legislativas: O surgimento da Lei Anticrime

No intuito de superar as dificuldades atinentes aos limites de incidência e aplicação da prisão preventiva, em consonância com uma cultura jurídica apegada ao positivismo e à letra da Lei, verificamos o fenômeno das reformas legislativas as quais possuem o intuito de alinhar a medida cautelar prevista no Código de Processo Penal fascista às garantias constitucionais estabelecidas na Carta Constitucional de 1988, como se tais pudessem, por si só[19], romper com alguns posicionamentos e entendimentos já arraigados em nosso sistema judicial.

De qualquer sorte, após longo período de tramitação legislativa, aprovou-se em 2011 a Lei nº 12.403, editada com a pretensão de reduzir a utilização da prisão cautelar no ordenamento jurídico pátrio, criando outras alternativas acautelatórias no processo penal e estabelecendo de forma objetiva que a prisão preventiva deveria ser considerada a *ultima ratio,* em consonância com o princípio basilar de tratamento do acusado dentro do processo criminal: a presunção de inocência.

Recentemente, uma nova reforma legislativa foi editada, a partir do "Projeto Anticrime" apresentado pelo Ministério da Justiça ao Congresso Nacional e que, após diversas alterações e compilações, foi aprovado em dezembro de 2019, sob o nº 13.964. Da leitura da nova Lei é possível verificar que as modificações realizadas pelo Poder Legislativo, no tocante à prisão preventiva,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 ANITUA, Gabriel Ignacio. Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar. Empório do Direito editora. 2018, p. 86.

19 Aury Lopes Jr. discorre uma crítica sobre as reformas pontuais que vem sendo realizadas no Código de processo Penal ao longo dos anos: "o problema das reformas pontuais [...], é que elas geram inconsistência e incoerência sistêmica, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colha de retalhos" (in Prisões Cautelares. 5º edição. Saraiva jur. 2018, p. 13).

possuem o mesmo condão daquelas elaboradas em 2011, ou seja, adequar o uso da tutela cautelar pessoal à previsão constitucional de presunção de inocência do indivíduo.

A mensagem do legislador foi bastante clara quando da leitura do novo art. 3º-A do Código de Processo Penal, no qual ficou estabelecido expressamente que a estrutura do processo penal deve ser acusatória, pretendendo-se, portanto, romper com o ranço inquisitivo. E aquela previsão legal repercute também no instituto da prisão preventiva, pois a reforma legislativa preocupou-se em impedir que o juiz decrete de oficio a prisão provisória, bem como exigiu do julgador, com maior veemência, motivação adequada da decisão que optar pelo encarceramento antecipado do indivíduo, conforme leitura dos dispositivos legais que serão analisados.

4. Motivação judicial e Prisão Preventiva na lei anticrime

Superada a ideia de racionalidade estrita do Estado Moderno após o advento da crise do conhecimento, bem como compreendido que a subjetividade e as emoções estão presentes no ato de decidir/julgar, resta fundamental pensarmos nos limites que devem ser impostos ao julgador para que a decisão judicial exarada seja válida, imparcial e em consonância com aquela verdade formal, possível e necessária de ser obtida através das provas apresentadas ao longo do processo judicial.

Nesse contexto, a limitação exigida do julgador quando da decisão judicial é a motivação, a adequada fundamentação, sem a qual nenhuma decisão será considerada válida e passível de produzir efeitos. Segundo leciona LIMA[20], a motivação judicial possui 02 funções, uma endoprocessual e outra extraprocessual; a primeira, mais conhecida, é considerada "uma garantia técnica do processo", permitindo a impugnação da decisão pelas partes. Já a segunda está relacionada com a sociedade como um todo, a qual possui o direito de garantia de prolações de decisões justas e fundamentadas, tratando-se de uma "exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional[21]".

FERRAJOLI[22] aponta que a motivação "exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez de natureza potestativa do juízo", ou seja,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo. Salvador. Juspodium editora, 2020, p. 322.

21 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo. Salvador. Juspodium editora, 2020, p. 323.

22 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão; teoria do Garantismo Penal. Tradução de Hassan Choukr Fauzi e Luis Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 573.

é a motivação que protege a sociedade de decisões judiciais que sejam embasadas em simples escolhas pessoais do julgador, intuitivas ou arbitrárias, permitindo, ao contrário, que elas estejam em consonância com a legalidade, demonstrando as considerações sobre os fatos, bem como a análise e valoração das alegações e provas produzidas pelos envolvidos.

Veja-se que a motivação judicial está intrinsecamente relacionada ao sistema estabelecido pelo processo penal brasileiro para valorar as provas acostadas aos autos, qual seja, o da livre convicção motivada ou da persuasão racional, fornecendo ao juiz uma ampla liberdade de agir a partir das provas colacionadas, sob a máxima *quid non est in actis non est in mundo*, conforme expressamente disposto no art. 155 do Código de Processo Penal.

Porém, em que pese a positiva superação das provas tarifadas, onde os critérios para sua valoração eram totalmente vinculados pelo legislador, sem margem de verificação pelo juiz, o atual modelo, se não corretamente aplicado, permite "uma total abertura à discricionariedade no juízo de fatos"[23]. Nesse ponto, "não raramente, confunde-se íntima convicção com persuasão racional, faltando, na prática judicial e na doutrina, clareza sobre qual o grau de suficiência exigido na motivação de fato[24]".

Diante disso, a motivação torna-se a "garantia das garantias"[25], podendo ser considerada a "garantia-mãe" do processo penal, pois considerada ponto de partida para todos os demais direitos do acusado. Tanto é assim que a própria Constituição Federal conferiu extrema relevância à motivação judicial das decisões, conforme pode se depreender do art. 93, inciso IX, no qual se assevera que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" [...].

Além disso, considerando o disposto no §2º do art. 5ª da Carta Magna, no qual preceitua-se pela possibilidade de ampliação do catálogo de garantias fundamentais previstas no texto constitucional para além daquelas referidas no Título II, não há dúvidas de que o direito do acusado e da sociedade à motivação das decisões é sim uma garantia fundamental, com consequências graves em caso de violação: a nulidade do ato praticado.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri. Site Conjur. Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio. Acesso em 12 out. 2019.

24 BALTAZAR, Jr. José Paulo Baltazar. Standards probatórios no processo penal. Revista da Associação dos Juízes Federal do RS, nº 04, p. 166, 2007. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf. Acesso em 27 out. 2019.

25 POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. O direito fundamental à motivação no Processo Penal como corolário de outras garantias constitucionais. In Direitos Fundamentais e Justiça. Revista do Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direitos da PUCRS, ano 03, nº 08, jul/set.2009, p. 157.

Nesse diapasão, é possível concluir que a motivação judicial, sendo a garantia basilar do processo, está relacionada também com outras garantias fundamentais, quais sejam, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, contraditório e ampla defesa e presunção de inocência[26].

Considerando a relevância conferida à motivação pela Constituição Federal brasileira, e sabendo da ausência de limites mais adequados para a decretação da prisão preventiva nos seus requisitos e fundamentos, o legislador infraconstitucional preocupou-se em fortalecer a exigência de fundamentação adequada às decisões judiciais que decretem o encarceramento antecipado, tendo em vista a imperiosidade de que se trata de uma medida excepcional e somente aplicada em última hipótese.

Nesse sentido, com a edição da Lei 13.964/19, o art. 312 do Código de Processo Penal recebeu a inclusão de um novo parágrafo, o qual dispõe o seguinte: "A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada" (§. 2º do art. 312). Além disso, o art. 315 do mesmo diploma legal também sofreu complementação, acrescentando-se que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será não somente motivada, mas também "fundamentada".

Corroborando a necessidade de adequada motivação e fundamentação, o legislador também incluiu dois parágrafos ao artigo acima mencionado, exigindo no §1º que o magistrado indique "concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada" (§1º do art. 315). Veja-se, portanto, que não é possível admitir que a sumariedade da cognição sirva "como justificativa para o arbítrio ou qualquer forma de automatismo no tocante a decisões que decretam as referidas medidas"[27].

No parágrafo 2º do art. 315 do Código de Processo Penal, o pacote anticrime buscou uma "identidade normativa com o Código de Processo Civil de 2015"[28], elencando os mesmos vícios previstos no §1º do art. 489 do CPC, os quais exemplificam a falta de fundamentação da decisão judicial. Porém, segundo alerta CRUZ [29], "não cuidou o legislador de realizar a devida adaptação

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

26 POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. O direito fundamental à motivação no Processo Penal como corolário de outras garantias constitucionais. In Direitos Fundamentais e Justiça. Revista do Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direitos da PUCRS, ano 03, nº 08, jul/set.2009, p. 159.

27 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo. Salvador. Juspodium editora, 2020, p. 322.

28 CRUZ, Rogerio Schietti. Prisão Cautelar: Dramas, princípios e alternativas.5º edição. Juspodium Editora, 2020, p. 334

29 CRUZ, Rogerio Schietti. Prisão Cautelar: Dramas, princípios e alternativas.5º

da redação ou, ao menos, de inserir o §2º do art. 315 em capítulo de maior amplitude", pois aquelas vedações versam sobre qualquer decisão judicial "seja ela interlocutória, sentença ou acórdão", e o dispositivo legal está dispondo apenas da prisão preventiva.

De qualquer sorte, a ideia fundamental contida no contexto dessa alteração legislativa foi a de exigir do juiz a demonstração efetiva da necessidade de aplicação da prisão cautelar preventiva na sua fundamentação, tendo de motivar adequadamente a sua opção pelo encarceramento. Conforme LIMA[30], "meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a segregação cautelar da liberdade de locomoção", sendo imprescindível que o julgador demonstre, concretamente, quais são as circunstâncias fáticas que estão embasando aquela decisão judicial, sob pena de ilegalidade.

Veja-se, portanto, que a reforma processual penal advinda com o Pacote Anticrime, no tocante à exigência de fundamentação e motivação das decisões judiciais, está em consonância com os ditames constitucionais, bem como com a lógica de superação da estrita racionalidade moderna, pois, hoje, sabe-se que o juiz decide também com emoção e subjetividade, não sendo um mero reprodutor da lei.

Todavia, essa dualidade (razão e emoção) deve ser convertida em argumentos e fundamentos capazes de relacionar a conduta do acusado com as provas apresentadas aos autos (ainda que sumariamente), bem como com os demais dispositivos de lei relacionados ao tema, sob pena de prática de arbitrariedades e desrespeito à garantia da motivação judicial.

5. Conclusões

Após a crise do conhecimento moderno, o ato de julgar torna-se ainda mais complexo, exigindo do juiz o balizamento entre razão e emoção, bem como uma atuação mais ativa diante dos conflitos apresentados por uma sociedade cada vez mais complexa. Nesse contexto, a motivação judicial toma nova relevância no Sistema de Justiça Penal, tornando-se a garantia balizadora dos demais princípios constitucionais atinentes ao acusado.

O instituto da Prisão Preventiva, medida cautelar pessoal extremamente gravosa e que coloca em xeque a liberdade do indivíduo, vem sofrendo cada vez maiores limitações de aplicação na esfera legislativa, no intuito de conter o arbítrio judicial, bem como os anseios sociais de punição antecipada, como se

---

edição. Juspodium Editora, 2020, p. 354,

30 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo. Salvador. Juspodium editora, 2020, p. 324.

tal fosse a panaceia para todos os males. O objetivo é aproximar cada vez mais a legislação infraconstitucional da Constituição Federal, garantindo a presunção de inocência do acusado ao longo da persecução penal.

Assim, a ideia de impor uma maior exigência ao juiz quando da fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva vai ao encontro do entendimento de que o encarceramento antecipado deve ser a *ultima ratio*, somente podendo ser aplicado em última hipótese, diante de argumentos fáticos concretos e atuais. Foi-se o tempo que bastava referir na decisão judicial "garantia da ordem pública" ou "maus antecedentes" para prender preventivamente alguém (ao menos sob uma perspectiva normativa).

Da análise dos dispositivos legais já existentes no ordenamento jurídico, especialmente a previsão constitucional, constata-se que a alteração legislativa realizada pela Lei Anticrime dispondo sobre a necessidade de motivação da prisão preventiva (§ 2º do art. 312) não era necessária, pois a motivação já é garantia fundamental do acusado desde 1988 para qualquer decisão proferida pelo Poder Judiciário.

No tocante à alteração incluída no parágrafo 2º do art. 315 do Código, vislumbra-se uma salutar medida, em consonância com previsão já existente no Processo Civil, vedando, de forma exemplificada e expressa, algumas espécies de fundamentações que, em verdade, em nada cumprem com a garantia da motivação. Porém, teria sido mais adequado que aquela previsão legal tivesse sido incluída no Processo Penal em um capítulo próprio, a fim de estabelecer relação com todas as espécies de decisão criminal, e não somente com a prisão preventiva. Mais uma vez, portanto, as reformas legislativas pontuais e não sistêmicas causam prejuízos ao Sistema de Justiça como um todo.

De qualquer sorte, o Pacote Anticrime reiterou a importância de fundamentação adequada das decisões judiciais, ressaltando a relevância dessa garantia ao acusado e confirmando que se trata da única garantia que efetivamente é capaz de proteger o indivíduo do arbítrio estatal e da injustiça praticada cotidianamente, sob o véu da imparcialidade, da certeza e da razão.

Esse trabalho foi escrito em junho de 2020 e atualizado no mês de agosto do mesmo ano.

6. Bibliografia

ANITUA, Gabriel Ignacio. Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar. Empório do Direito editora. 2018

BALTAZAR, Jr. José Paulo Baltazar. Standards probatórios no processo penal. Revista da Associação dos Juízes Federal do RS, nº 04, p. 166, 2007. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf. Acesso em 27 out. 2019.

BAUMER, Franklin L. O pensamento moderno europeu. V. I, Séculos XVII e XVIII. Rio de Janeiro: Edições 70, 1990, p.48.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? Site Conjur. Disponível em< https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em 26 jun. 2020.

CRUZ, Rogerio Schietti. Prisão Cautelar: Dramas, princípios e alternativas.5º edição. Juspodium Editora, 2020, p. 334

DAMÁSIO, Antônio. O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. Tradução de: Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DREHER, Ana Luisa Florence Luz (org). Vozes de um tempo. Vol. 3. Concórdia editora, 2017.

FERRAJOLI Direito e Razão; teoria do Garantismo Penal. Tradução de Hassan Choukr Fauzi e Luis Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

GIACOMOLLI, Nereu José. Funcionalidade cautelar no Processo Penal contemporâneo: Entre a violência simbólica e o Devido Processo Penal. Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere. Anais do IV Encontro Nacional do IBRASPP, p. 30.

KHALED jr., Salah. Ambição de Verdade no Processo Penal: uma introdução. 3ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo. Salvador. Juspodium editora, 2020

LOPES JR, Aury O direito de ser julgado em um prazo razoável na perspectiva einsteiniana da Teoria da Relatividade, in Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal. 2018.

_______________Prisões Cautelares. 5º edição. Saraiva jur. 2018

MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri. Site Conjur. Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-

-prova-standard-probatorio. Acesso em 12 out. 2019.

OST, François. O tempo do Direito. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. Revista da Ajuris, nº 108, p. 167-182, dez. de 2007

________________________________. O direito fundamental à motivação no Processo Penal como corolário de outras garantias constitucionais. In Direitos Fundamentais e Justiça. Revista do Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direitos da PUCRS, ano 03, nº 08, jul/set.2009

SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. Ordem pública e prisão preventiva: uma investigação histórico-política. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ano 7, v.15 (maio/ agosto.2016). Porto Alegre.

.

JUIZ DAS GARANTIAS: O INQUÉRITO POLICIAL DEVE COMPOR OS AUTOS DO PROCESSO?

Antonio Henrique Graciano Suxberger[1]

RESUMO

O artigo problematiza a destinação do inquérito policial nos casos de instauração de processo criminal a partir das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 no CPP: os autos do inquérito serão encartados no processo ou serão acautelados na secretaria do juízo? A análise parte da confusa redação do § 3º do art. 3º-C do CPP. Após a indicação de aparente contrariedade deste parágrafo ao enunciado do art. 12 do CPP, são apresentadas e examinadas as proposições principais que versavam sobre o assunto e tramitaram no Congresso Nacional durante a elaboração da Lei 13.964/2019. Como metodologia, foi utilizada a análise documental e a literatura sobre as funções da investigação preliminar para o processo penal de conformação acusatória. O artigo sustenta, a partir de interpretação sistemática, que os autos do inquérito policial devem integrar os autos do processo, salvo nas hipóteses processadas em apartado que sejam objeto de decisão do juiz das garantias.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz das garantias. Lei 13.964/2019. Investigação preliminar. Inquérito policial. Modelo acusatório.

Introdução

No final de 2019, precisamente no dia 24 de dezembro, foi sancionada e publicada a Lei 13.964, que, segundo a ementa, "aperfeiçoa a legislação penal e processual penal". Os meios de comunicação rapidamente a alcunharam de Lei Anticrime, tomando de empréstimo, de modo bastante questionável, a nomenclatura pela qual ficou conhecido o conjunto de proposições legislativas referentes ao mesmo assunto e deduzidas pelo Executivo em fevereiro de 2019, início da legislatura e do mandato do governo federal.[2]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor pelo IGC da Universidade de Coimbra. Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Professor da FESMPDFT e da ESMPU. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

2 BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 882, de 19 de fevereiro de 2019, de autoria do Poder Executivo. Apresenta a Mensagem n. 50, de 19 de fevereiro de 2019). "Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei no 7.210, de

A novidade apresentada pela Lei 13.964/2019 determina que, no curso da investigação preliminar que antecede a instauração do processo-crime, haverá um juiz "responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário" (art. 3º-B do CPP). O juiz "que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo" (art. 3º-D do CPP).

Antes de viger, o referido ato normativo foi objeto de questionamentos por, pelo menos, três ações diretas de inconstitucionalidade. Devido ao recesso forense, no mês de janeiro de 2020, a Presidência do Supremo Tribunal Federal, em juízo de conveniência política e em reconhecimento à robustez do argumento de inconstitucionalidade da Lei 13.964/2019, suspendeu a eficácia de diversos artigos dela, dentre eles o que trouxe a novidade do juiz das garantias para a legislação brasileira.

Primeiro, em 15 de janeiro de 2020, uma decisão acauteladora da Presidência, da lavra do Ministro Dias Toffoli, suspendeu, naquele ponto, o prazo de vigência da nova lei por seis meses.[3] Seguidamente, em 20 de janeiro, a mesma Presidência, agora no exercício do Min. Luiz Fux, suspendeu, sem prazo definido, a eficácia da figura legal do juiz das garantias.[4]

Interessa ao presente trabalho, de modo mais delimitado, a previsão inserta no art. 3º-C, § 3º, do CPP, cujo texto vale registrar literalmente:

> § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documen-

---

11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei no 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei no 12.037, de 1o de outubro de 2009, a Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei no 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa".

3 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF), Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298. (ADI 6.298 MC). Distrito Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Monocrática. Min. Dias Toffoli no exercício da presidência - ad referendum do Plenário - em 15 jan. 2020.

4 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF), Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298. (ADI 6.298 MC). Distrito Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Monocrática. Min. Luiz Fux no exercício da presidência - ad referendum do Plenário - em 22 jan. 2020.

> tos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Esse enunciado teria estabelecido a vedação a que o inquérito policial compusesse os autos do processo criminal? Essa é a pergunta que será respondida no presente artigo. Para tanto, são analisadas as principais proposições sobre o tema, sem pretensão de exauri-las, que tramitaram no Congresso Nacional, especialmente depois da Constituição de 1988. Na sequência, é elaborada intepretação sistemática do dispositivo transcrito, com base no CPP, nas proposições legislativas apresentadas, na Lei Complementar 95/1998, e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A metodologia utilizada é a análise documental, consistente no levantamento exploratório das proposições que resultaram na criação do instituto juiz de garantias, com foco no destino do inquérito policial após a instauração do processo-crime, e na discussão sobre elas, além da revisão da literatura específica sobre o tema. A pesquisa está inserida no marco jurídico-compreensivo[5], dirigido às repercussões práticas da adoção do juiz das garantias no ordenamento pátrio.

O juiz das garantias, uma surpresa

A Lei 13.964/2019 derivou do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 10.372/2018, de autoria dos deputados José Rocha (PR-BA), Marcelo Aro (PHS-MG), Wladimir Costa (SD-PA), Nilson Leitão (PSDB-MT), Baleia Rossi (MDB-SP), Luis Tibé (AVANTE-MG), Ricardo Teobaldo (PODE-PE), Celso Russomanno (PRB-SP), Domingos Neto (PSD-CE), Aureo (SD-RJ) e Rodrigo Garcia (DEM-SP).

Nesse Projeto original, seriam considerados os seguintes pontos para alteração do Código de Processo Penal: a inserção do acordo de não persecução penal, a disciplina da cadeia de custódia no capítulo sobre o exame de corpo de delito, a previsão expressa de que crimes praticados no âmbito de organização criminosa ensejariam prisão preventiva. Não havia menção à figura do juiz das garantias.[6]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca, (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 28.

6 BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 10.372, de 6 de junho de 2018, de autoria dos Deputados Federais José Rocha - PR/BA, Marcelo Aro - PHS/MG, Wladimir Costa - SD/PA, Nilson Leitão - PSDB/MT e outros. Ementa: Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar

As proposições legislativas reunidas durante a tramitação do PL 10.372/2018 não faziam, também, qualquer referência ao juiz das garantias, que surgiu em 4 de dezembro de 2019, quando o referido PL já se encontrava no Plenário para deliberação. Entre a apresentação do robusto parecer elaborado por grupo especial criado para analisar o PL 10.372/2018, o PL 882/2019 (oriundo do conjunto de propostas formuladas pelo Poder Executivo em 2019) e outros, e a discussão no Plenário da Câmara dos Deputados, a proposição não foi movimentada nem a ela foi acrescentado estudo técnico específico sobre o mencionado instituto.[7]

Em sessão extraordinária deliberativa, iniciada às 17h 57min, em turno único e em apreciação *extrapauta*, foi recebida proposta substitutiva de autoria do Deputado Lafayette de Andrada, que leu o respectivo parecer no Plenário, às 19h 44min. Nesse substitutivo, de modo surpreendente, estava inserida a figura do juiz das garantias.

No parecer apresentado pelo Deputado, que destaca ter participado da comissão de parlamentares componente do grupo especial para análise das tramitações relativas ao PL 10.372/2018, *não há menção, em momento algum*, ao acréscimo, no substitutivo, do instituto do juiz das garantias. O documento, vale destacar, possuía 4 páginas com o parecer e 42 páginas com o texto que substituiria a proposta legislativa. O parecer proferido pelo parlamentar no Plenário, laconicamente, concluiu "pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; pela adequação financeira e orçamentária; e, no mérito, pela aprovação da matéria na forma do Substitutivo apresentado". Não há indicação, repita-se, de estudo técnico que lastreasse ou mesmo referenciasse a inserção da figura do juiz das garantias.[8]

No Senado Federal, ao menos em relação à figura mencionada, a tramitação novamente se mostrou açodada. Não houve estudo ou manifestação técnica a respeito do instituto em toda a tramitação e aprovação do Projeto de Lei 6.341, oriundo da Câmara dos Deputados.[9] Aliás, toda a discussão do Projeto no Senado ocorreu em 3 dias, sem exame das severas alterações que o juiz das garantias traria à organização judiciária e, conforme será discutido neste artigo, à rotina cartorária da composição dos processos.

---

e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

7 BRASIL, Câmara dos Deputados, Parecer elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Ato do Presidente de 14 mar. 2019, "destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei n. 10.372, de 2018, n. 10.373, de 2018, e n. 882, de 2019".

8 BRASIL, Câmara dos Deputados, Ficha de tramitação do Projeto de Lei no 10.372, de 6 de junho de 2018.

9 BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei no 6.341, de 2019 (no 10.372/2018, na Câmara dos Deputados).

Poder-se-ia afirmar que a discussão sobre o juiz das garantias foi conduzida no Congresso Nacional nos anos de 2009 e 2010, por ocasião dos debates a respeito do Projeto de Código de Processo Penal – elaborado por comissão de juristas presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido e apresentado, por designação, pelo então Presidente do Senado Federal José Sarney –, que tramitou inicialmente no Senado Federal sob o nº 156, de 2009, e, depois de aprovado neste, na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045 de 2010.[10]

Essa assertiva, entretanto, se torna inconsistente quando se percebe que, na configuração do Projeto de Lei 8.045, jamais se outorgou ao juiz das garantias a competência para o juízo de admissibilidade da acusação. E, especificamente sobre o ponto tratado no presente trabalho – a mantença dos autos do inquérito policial na composição dos autos do processo-crime –, a linha adotada no Projeto do CPP foi clara, ao preconizar que o caderno investigatório deve compor o processo-crime.

A inserção do juiz das garantias na legislação pátria, tal como promovida pela Lei 13.964/2019, foi nominada pelo Min. Dias Toffoli como "microssistema", consistente na determinação de que juízes diferentes atuem em cada uma das fases da persecução penal – na fase pré-processual (ou investigativa) e na fase processual propriamente dita do processo penal –, de modo que "o juiz que atua na fase investigativa tem o propósito específico de controlar a legalidade dos atos praticados e de garantir os direitos do investigado".[11]

A linha divisória dessa competência funcionalmente estabelecida a juízes diferentes que podem estar vinculados a um mesmo juízo se encontra na instauração do processo-crime em juízo, a partir da admissibilidade da ação penal pelo juiz. O juízo de admissibilidade da ação penal materializa o último ato que deve ser praticado pelo juiz das garantias, nos termos da conformação conferida ao CPP pela Lei 13.964/2019, e é fixado como marco divisor das fases da persecução penal, para definição da competência funcional do juiz de acordo com o momento procedimental ou processual.

A previsão de competência funcional do juiz das garantias é acompanhada da hipótese de impedimento do juiz para funcionar no processo: o juiz que praticar qualquer dos atos do juiz das garantias estará automaticamente impedido de atuar no processo que se instaurará a partir daquela investigação preliminar.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei no 8.045, de 2010 (PLS no 156, de 2009, no Senado Federal). Código de Processo Penal.

11 BRASIL, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298. (ADI 6.298 MC). Distrito Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Monocrática. Min. Dias Toffoli no exercício da presidência - ad referendum do Plenário - em 15 jan. 2020, p. 9.

O problema da investigação preliminar centra-se mais na estrutura burocrática pautada pela escritura do que, efetivamente, no desenho das atribuições outorgadas ao juiz para aprimoramento do sistema processual penal. Ao contrário: a centralização de atribuições no juiz das garantias parece reforçar essa estrutura. Em rigor, é a oralidade que pode, sim, fazer a diferença no melhor desenho da modelagem acusatória, para o Direito Processual Penal brasileiro.[12]

É certo que a figura do juiz de garantias, longe de enfatizar o papel de "garante" do juiz (afinal, todo juiz o é), destina-se a ressaltar a reserva de jurisdição, ao serem adotadas medidas restritivas de direitos fundamentais na fase de investigação preliminar, bem como a preservar a imparcialidade desse julgador.[13]

No entanto, é válido o questionamento deduzido, com precisão, por Mauro Fonseca Andrade, ao lembrar que o juiz brasileiro não se ocupa de investigar o fato noticiado como criminoso e, quando se restringe unicamente a receber o resultado da apuração ou os pedidos de flexibilização de direitos fundamentais, "não perde sua imparcialidade pelo simples fato de haver atuado na fase de apuração".[14]

Em seu trabalho, Mauro Fonseca Andrade tece dura (e acertada) crítica aos autores que afirmam extrair o juiz das garantias do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Ao se debruçar sobre os principais casos da Corte Europeia de Direitos Humanos relativos ao tema, bem demonstra que, na Europa, se o juiz não conduziu a atividade investigatória preliminar, não há qualquer entendimento de que o prévio contato com diligências invasivas, porque por ele autorizadas, implicaria perda da imparcialidade.[15]

Reconheça-se o sentido jurídico presente na preocupação de assegurar um juiz das garantias nos ordenamentos que, por tradição processual, previram, em alguma medida, instituto assemelhado ao de um juizado de instrução, isto é, no qual a investigação é conduzida e presidida pela autoridade judicial. Essa figura, todavia, nunca teve lugar no Direito pátrio, muito menos depois

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 BARILLI, Raphael Jorge De Castilho, A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 2, p. 669–705, 2018, p. 671–672.

13 ARMENTA DEU, Teresa, Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 72.

14 ANDRADE, Mauro Fonseca, O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4a Região (TRF4), n. 40, 2011.

15 ANDRADE, Mauro Fonseca, O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4a Região (TRF4), n. 40, 2011.

da Constituição de 1988.

Resta saber se a figura do juiz das garantias, tal como prevista no CPP pela Lei de 2019, de surpresa e sem discussão técnica, apresenta contradições com outros preceitos do mesmo Código.

Aparentes contradições no CPP

As novidades da Lei 13.964/2019 tomaram de surpresa os operadores e os estudiosos do Direito Processual Penal pela inserção no CPP, de inopino – como indicado acima –, da figura do juiz das garantias.

Especificamente sobre a previsão de acautelamento de peças da investigação preliminar, na primeira hora, várias foram as vozes vindicadoras de que o inquérito policial, por conta da alteração do CPP promovida pela Lei 13.964/2019, não mais comporia os autos do processo-crime.

De um lado, por todos, confira-se o posicionamento de Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa, quando sublinham que o juiz de instrução e julgamento "não receberá, nem se contaminará pelo produzido na fase anterior". O acautelamento do inquérito na secretaria do juízo, segundo sustentam, permitiria acabar "com o uso manipulado de declarações da fase de investigação, porque só vale o produzido oralmente perante o Juiz de Julgamento. Trata-se de um pleito por nós defendido há décadas – da exclusão física dos autos do inquérito – que finalmente é recepcionado".[16] Só assim, segundo entendem esses autores, estaria assegurada a distinção entre atos de investigação e atos de prova e, por consequência, efetivado o direito de ser julgado com base em prova, entendida esta como a produzida em contraditório judicial.

De outro lado, favoravelmente à presença dos autos do inquérito na composição do processo-crime, há posições que variam em maior ou menor grau.

Confira-se o que sustentou Tiago Albeche, para quem a previsão do § 3º do art. 3º-C do CPP "não vedou a inclusão dos autos do inquérito no processo judicial, mas apenas delineou que o caderno investigativo estará à disposição da acusação e defesa para que possam utilizá-lo da maneira que entenderem mais adequada".[17] A materialização, portanto, de peças do inquérito nos autos do processo ficaria a cargo das partes, que não encontrariam proibição para fazê-lo conforme seus próprios interesses probatórios, no curso do processo-crime.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da, Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal, Consultor Jurídico - Conjur, 2019.

17 ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves, O inquérito policial foi excluído do processo judicial?

Vladimir Aras, de modo mais alentado, valendo-se de leitura sistemática do CPP, indica que não haverá retirada ou acautelamento dos autos do inquérito dos autos do processo-crime que, em seguida, seja instaurado. Criticando a posição contrária, de isolamento do inquérito policial, Aras afirma que aceitar que os respectivos autos não componham os autos do processo-crime implica: (i) reconhecer que a tramitação do inquérito não se dará diretamente entre a Polícia e o Ministério Público, pois só haverá intervenção do juiz das garantias – para decidir sobre a prorrogação do prazo da investigação – no caso de investigado preso; (ii) contrariar a redação do § 1º do art. 3º-C, no qual se afirma que, depois da admissibilidade da acusação em juízo, "as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento", e tais decisões só poderão ser construídas à luz do que carreado também nos autos do inquérito policial; (iii) idem quanto à previsão do § 2º do art. 3º-C, quando afirma que o juiz de instrução e julgamento não estará vinculado ao que decidido pelo juiz das garantias; (iv) afastar a contrariedade expressa ao que determina o art. 12 do CPP; (v) entender o art. 155 do CPP, segunda parte, como enunciado vazio; (vi) relevar que a redação infeliz do § 3º do art. 3º-C do CPP desconsiderou a realidade dos procedimentos e processos que tramitam eletronicamente.[18]

Para responder, de modo consistente, à questão em pauta, mostra-se útil verificar como se encontrava a respectiva discussão no Congresso Nacional.

Como o tema se encontrava no Congresso Nacional?

Antes da Constituição de 1988, o Congresso Nacional se deparou com pelo menos três oportunidades de discussão de um novo Código de Processo Penal. Trata-se das proposições que receberam as alcunhas de Comissão Hélio Tornaghi, ainda na primeira metade da década de 1960; de Anteprojeto Frederico Marques, deduzida ao Congresso Nacional em meados da década de 1970; e de Anteprojeto de Reforma de 1983, capitaneada por Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio Fonseca.[19]

Sob a égide da Constituição de 1988, que trouxe profundas modificações ao Direito Processual Penal pátrio, dois conjuntos de proposições mereceram destaque na década de 1990. O primeiro conjunto, as propostas constantes do denominado Anteprojeto Sálvio de Figueiredo Teixeira, que reuniu diversos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 ARAS, Vladimir, Juiz das garantias e o destino do inquérito policial, Consultor Jurídico - Conjur, 2020.

19 PASSOS, Edilenice, Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores, Brasília: Senado Federal - Senado Federal: Secretaria de Informação e Documentação, 2008; PIERANGELI, José Henrique, Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas, Bauru: Jalovi, 1983.

juristas que apresentaram proposições as quais, somadas, alcançavam o montante de seis projetos de lei.[20]

Desse conjunto, merece destaque o PL 4.895 de 1995, que destinava nova conformação ao inquérito policial.[21] Nesse Projeto, não havia qualquer alteração ao previsto, até hoje, no art. 12 do CPP, segundo o qual “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”. O PL 4.895, vale noticiar, ainda trazia um instituto novidadeiro, a suspensão condicional do processo. No entanto, como em seguida foi aprovada a proposição que resultou na edição da Lei 9.099, de 1995, o PL 4.895 acabou sendo retirado a pedido do próprio proponente e, logo após, arquivado, em junho de 1996.[22]

Já no final da década de 1990 e início da década de 2000, houve a apresentação de um conjunto de projetos que derivaram dos trabalhos do grupo nominado Comissão Ada Pellegrini Grinover. Vários deles, convém destacar, redundaram na aprovação e na edição das leis que promoveram substanciais alterações no CPP em 2008.

Para o tema versado no presente artigo, interessa o PL 4.209, de 2001, que conferia nova disposição ao inquérito policial e às formas de procedimento.[23] Esse Projeto alterava a redação do art. 12 do CPP, para que assim passasse a constar: “Os autos da investigação instruirão a denúncia ou a queixa, sempre que lhe servirem de base”. Como se observa, os autos do inquérito policial, caso se prestassem a subsidiar a ação penal aforada, acompanhariam a composição dos autos do processo.

Já em 2009, a comissão de juristas nomeada pelo Senador José Sarney e presidida pelo Ministro do STJ Hamilton Carvalhido apresentou o Projeto de Código de Processo Penal que tramitou e foi aprovado no Senado sob a identificação PLS 156 de 2009. Seguidamente, porque aprovada no Senado Federal, a proposição foi recebida na Câmara dos Deputados e identificada como PL

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 PASSOS, Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores.

21 BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei no 4.895, de 1995. Autoria: Poder Executivo. Ementa: Altera o Código de Processo Penal, dando nova disposição ao inquérito policial e as formas do procedimento, e introduzindo a suspensão condicional do processo. Arquivado em 19 jun. 1996.

22 BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei no 4.895, de 1995. Autoria: Poder Executivo. Ementa: Altera o Código de Processo Penal, dando nova disposição ao inquérito policial e as formas do procedimento, e introduzindo a suspensão condicional do processo. Arquivado em 19 jun. 1996.

23 BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei no 4.209, de 2001. Origem: MSC 215/2001. Ementa: Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências. Apresentação em 12 mar. 2001. Proposição arquivada em 21 mai. 2019.

8.045 de 2010.[24]

A proposição, tal como aprovada pelo Senado Federal, apresentava os seguintes enunciados a respeito da destinação dos autos do inquérito policial:

> Art. 15. *Omissis.*
>
> § 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.
>
> [...]
>
> Art. 36. Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servirem de base.

Vale repetir que a figura do juiz das garantias surge na discussão legislativa pátria justamente por intermédio desse Projeto de Código de Processo Penal, ofertado ao Senado Federal pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Hamilton Carvalhido. Nesse Projeto, que apresentava a delimitação das competências e das funções do juiz das garantias, não houve qualquer previsão de destinação dos autos do inquérito diversa da composição dos autos do processo-crime, ainda que o juiz que julgasse o processo não fosse o mesmo juiz que acompanhasse os atos de investigação, observada a cláusula de reserva de jurisdição.

Em 13 de junho de 2018, durante a tramitação do PL 8.045 na Câmara dos Deputados, foi apresentado substitutivo pelo Deputado João Campos (REP-GO), texto que, até o momento, centraliza todas as discussões a respeito do Projeto de CPP naquela Casa.

No Substitutivo João Campos, como se convencionou chamar a proposição apresentada em 2018 em substituição àquela deduzida em 2009, novamente se observa que os autos do inquérito policial devem compor os autos do processo-crime em juízo:

> Art. 15. *Omissis.*
>
> § 4º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.
>
> [...]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

24 BRASIL, Projeto de Lei no 8.045, de 2010 (PLS no 156, de 2009, no Senado Federal). Código de Processo Penal.

> Art. 37. Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servirem de base.

Como constatado, o entendimento de que os autos do inquérito policial não devem ser incluídos na composição dos autos do processo-crime é surpresa não só superada pela apresentação e pela aprovação da figura do juiz das garantias.

De qualquer modo, conforme será demonstrado a seguir, uma leitura sistemática do dispositivo à luz da Lei federal que determina as regras da produção legiferante evidencia que, de fato, apesar da redação confusa, a previsão do § 3º do art. 3º-C do CPP não afasta por completo os autos da investigação preliminar da composição dos autos do processo.

Consolidando a leitura do dispositivo

Em 1998, foi editada a Lei Complementar 95 – LCP 95/98, que dispõe "sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona".

Trata-se de diploma legal que normatiza o que deve ser observado quanto à técnica legislativa, seja para a confecção dos enunciados normativos, seja para a leitura desses. A técnica legislativa "deve favorecer a clareza e coerência do texto legal, não só para facilitar o trabalho desse profissional, mas principalmente para que o entendimento das leis seja o mais acessível possível ao cidadão comum".[25]

O problema enfrentado neste artigo é a aparente contrariedade entre o que dispõe o multicitado § 3º do art. 3º-C do CPP, e o disposto no art. 12 do CPP e em outros preceitos do mesmo Código.

Com efeito, o problema se refere à nova redação dada ao CPP pela Lei 13.964/2019 em contexto de pretensa incompatibilidade com outros dispositivos do CPP alterado. Em casos assim, "a falta de clareza no texto da lei alteradora, que nem sempre obedece ao previsto na Lei Complementar n. 95/1998, pode gerar dúvidas sobre qual seria a efetiva nova redação dada a determinado dispositivo".[26]

A ferramenta interpretativa indicada pela Lei de Introdução às Normas

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

25 FERREIRA, Jair Francelino, A Lei Complementar no 95 e a técnica de alteração das leis, E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, v. 5, n. 5, p. 6–19, 2010, p. 7.

26 FERREIRA, Jair Francelino, A Lei Complementar no 95 e a técnica de alteração das leis, E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, v. 5, n. 5, p. 6–19, 2010, p. 13.

do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei 4.657, de 1942, pode se mostrar útil, conquanto não aplicável ao problema ora vindicado, ao afirmar que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (§ 1º do art. 2º).

É que o enunciado do § 3º do art. 3º-C do CPP, embora mal redigido, não apresenta propriamente incompatibilidade com o art. 12 do CPP. Em verdade, trata-se de disposição especial à regra geral do art. 12 do CPP, e, por isso, o caso atrai a solução prevista no § 2º do art. 1º da LINDB, ao determinar que "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

A previsão de acautelamento na secretaria do juízo dos autos que sejam matéria de competência do juiz das garantias é enunciado especial à regra geral estabelecida no art. 12 do CPP. O § 3º do art. 3º-C, portanto, não revogou a disposição constante do art. 12 do CPP, mas trouxe exceção – ou disposição específica – à regra geral nele prevista.

O art. 11 da LCP 95/98 preceitua que "disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica". O mesmo diploma legal, na sequência, indica os meios para assegurar a redação clara, precisa e lógica. São esses três adjetivos que devem qualificar o enunciado legislativo, os quais, para o caso em tela, se prestam como baliza para o escrutínio do referido § 3º do art. 3º-C do CPP.

Quando menciona a clareza, a LCP 95/98 estabelece que, no enunciado, devem ser usadas "as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando" (letra "a" do inciso I do art. 11). As expressões veiculadas no enunciado ora problematizado são: "Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo [...] e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento".

Na sequência, o mesmo enunciado faz ressalva a essa regra geral, isto é, enumera matérias que são de competência do juiz das garantias e que, apesar disso, serão remetidas aos autos do processo para autuação em apartado: "documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas".

As matérias de competência do juiz das garantias

Quais são as matérias de competência do juiz das garantias? A resposta a essa pergunta reclama que sejam avaliadas, uma a uma, as competências enumeradas nos incisos do art. 3º-B do CPP, que, textualmente, são as seguintes:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da in-

vestigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

> XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

A comunicação da prisão em flagrante, que se faz com a remessa do auto de prisão em flagrante juntamente com os documentos que demonstram o cumprimento das formalidades atinentes à nota de culpa e à salvaguarda dos direitos do autuado, não integra os autos do inquérito. Isso, porque o auto de prisão em flagrante é a peça inaugural do inquérito, e a eventual juntada a este da via (reprodução) remetida ao juízo, em rigor, não implica considerar que a comunicação em si é ato do inquérito.

O controle da legalidade da prisão em flagrante, realizado por meio da audiência de apresentação (ou audiência de custódia), na forma do art. 310 do CPP, igualmente, é ato que se refere à investigação preliminar, mas, rigorosamente, não compõe o inquérito. O ato judicante não se confunde com a formalidade do caderno inquisitorial. A juntada da ata da audiência e de eventuais termos lavrados na assentada não transmuda a natureza do apuratório, para que se possa afirmar ter este se convertido em *matéria de competência do juiz das garantias*. Do mesmo modo, igual assertiva se presta aos atos judiciais referentes à salvaguarda da integridade física do autuado ou do preso.

A comunicação da instauração do inquérito policial ao juiz das garantias robustece a certeza de que o inquérito não tramitará perante ao juiz das garantias. A supervisão judicial a partir da comunicação da instauração presta-se mais a firmar a competência do juízo onde funcione o juiz das garantias, do que a determinar que a tramitação se dará sob responsabilidade desse juiz. Ao contrário, o juiz das garantias só terá algo a dizer sobre o apuratório nos casos de medida invasiva (tema dos incisos subsequentes) ou, quando o investigado se encontrar preso, de decisão para prorrogar o prazo de conclusão do inquérito.

Os requerimentos de prisão processual (preventiva ou temporária), ou mesmo de imposição de medida cautelar diversa da prisão (tais como aquelas enumeradas nos arts. 319 e 320), observarão autuação e tramitação apartada dos autos do inquérito. Aliás, vale destacar, a apreciação desses pleitos, bem como as eventuais imposições de prazo (máxime da prisão temporária), dá-se independentemente do *locus* do inquérito policial ou do prazo para sua conclusão. O prazo de conclusão do apuratório só se torna matéria de atuação judicante, repita-se, quando o investigado estiver preso. E isso não converte, uma vez mais, o inquérito em matéria de competência do juiz das garantias.

As eventuais decisões sobre prorrogação, substituição ou revogação da prisão processual ou sobre cautelares diversas, pela razão minudenciada acima, igualmente não tornam o inquérito policial matéria de competência do juiz das garantias.

A apreciação de requerimento com vistas à produção antecipada de pro-

vas (na forma do inciso I do art. 156 do CPP) também se dá *fora* do inquérito policial e, nesse caso, veja-se que há regra específica no próprio § 3º do art. 3º-C do CPP: afinal, cuida-se de antecipação de provas, locução expressamente contida na parte final do dispositivo.

A prorrogação do prazo de conclusão do inquérito policial pelo juiz das garantias ocorre única e tão somente quando o investigado se encontrar preso. Se não há prisão deste, o prazo para conclusão do apuratório será aquele lançado no art. 10 do CPP ou, se já escoado o primeiro prazo contado a partir da instauração do inquérito policial, aquele definido pelo titular da ação penal, conforme art. 16 do CPP.

A figura do juiz das garantias esclarece, de uma vez por todas, a desnecessidade e a inconveniência de uma tramitação *triangularizada* do inquérito policial pelo juízo.

Faz sentido a previsão de que a prorrogação em comento, em caso de investigado preso, seja decidida pelo juiz, pois não se cuida propriamente de ultimato à conclusão do apuratório, mas da certeza de que a prisão sem base, que autorize a imediata formalização de imputação em juízo, há de guardar excepcionalidade extremada.

Se a instauração e tramitação do inquérito policial, carente de razão jurídica que a lidime ou justifique, enseja a providência de seu trancamento pelo juiz das garantias. Nesse ponto, veja-se que o inciso IX do art. 3º-B do CPP fortalece a compreensão de que a temática do inquérito policial só se torna matéria do juiz das garantias na excepcional hipótese de obstar a mantença de uma investigação preliminar infundada ou, em si, abusiva.

O inciso X atribui ao juiz das garantias a competência para “requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação”. Ora, fosse o inquérito policial matéria de competência do juiz das garantias, este simplesmente requisitaria... o próprio inquérito, e não informações ou documentos próprios de sua tramitação.

Por fim, o inciso XI do art. 3º-B do CPP enumera as diligências investigatórias que, por serem invasivas, observam necessária cláusula de reserva de jurisdição. Nesses casos, as providências invasivas seguem tramitação, novamente, em apartado, e isso, com ressalvas para a repetição, novamente sublinha que o inquérito é matéria estranha à competência do juiz das garantias.

O *habeas corpus*, *writ* constitucional que substancia ação autônoma de impugnação, é estranho ao inquérito policial. Conquanto seja matéria de apreciação do juiz das garantias, claramente não se confunde com o inquérito. Ao contrário, muitas vezes se antagoniza com ele.

A determinação de instauração de incidente de insanidade mental, por força do art. 153 do CPP, é processada em apartado e, por isso, não se confunde com o inquérito policial.

O juízo de admissibilidade da ação penal, na forma do inciso XIV do art. 3º-B do CPP, que deve ser lido conjuntamente com o art. 395 do mesmo Código, evidencia que, nesse momento, sim, a decisão do juiz das garantias se faz à luz do inquérito preliminar. Nesse caso, por óbvio, a ação penal – cuja admissibilidade é matéria de competência do juiz das garantias – não se confunde com o apuratório preliminar que lhe dá justa causa. Aliás, é justamente por essa razão, como prevê o art. 12 do CPP, que a ação penal é acompanhada do inquérito, e, por isso, este formará os autos do processo-crime. A admissibilidade da ação penal é matéria do juiz das garantias; o inquérito, não. Ainda que este se preste a autorizar que o juiz afirme justa causa à imputação deduzida em juízo pelo *dominus litis*, a apreciação da investigação já concluída não a torna matéria própria do juiz das garantias.

O inciso XV atribui ao juiz das garantias a salvaguarda do direito de defesa, consistente no acesso pelo defensor do investigado a todos os elementos de investigação já formalizados nos autos. O juiz, portanto, é chamado a dizer quando do caso de eventual negativa de acesso – a ele cabe *assegurar*, como consta da letra legal –, e não cuidar da tramitação ou atrair para si a responsabilidade sobre a investigação preliminar. O juiz das garantias, como o próprio nome diz, não é um juiz investigador. Ao contrário, é um juiz que assegura aqueles direitos do investigado que, no curso da investigação preliminar, reclamem chamamento do Judiciário para eventual flexibilização.

O juiz das garantias, ainda, decide sobre a admissibilidade do assistente técnico para acompanhar a produção da perícia. Neste ponto, novamente, o legislador dá mostra de redação imprecisa e equívoca. Isso, porque o assistente técnico, figura prevista no art. 159 do CPP, atua, nos termos do § 5º, "durante o curso do processo judicial". A contradição do texto de 2019, imposto pela Lei 13.964, é patente no marco *temporal* de ingresso do assistente depois da admissibilidade da ação penal em juízo. Nesse caso, a solução do conflito aparente de normas parece se dar em favor da interpretação sistemática, para afirmar que a "produção da perícia" guarda pertinência com as ações previstas nos §§ 5º e 6º do art. 159 do CPP. O juiz das garantias só decide a admissibilidade do assistente naqueles casos de requerimento formulado anteriormente à oferta da ação penal. Se o pedido de ingresso se dá após a admissibilidade da ação penal – e a consequente instauração do processo-crime –, a competência para tal apreciação será do juiz da instrução do processo.

A competência do juiz das garantias para homologar os negócios jurídico-processuais havidos nos casos de acordo de não persecução penal e de colaboração premiada refere-se às situações em que ambos os institutos tenham lugar *antes* do recebimento da ação penal. O acordo de não persecução penal, por óbvio, é instituto que antecede a ação penal; a colaboração premiada só será deduzida ao juiz das garantias para homologação do acordo, quando ce-

lebrada a colaboração no curso da investigação preliminar. Se no curso do processo, será apreciada pelo juiz do processo.

Como se vê, a descrição das competências do juiz das garantias não abrange o inquérito policial como matéria propriamente de competência dele. Por isso, os autos do inquérito seguirão conforme o estabelecido no art. 12 do CPP. Afinal, em regra, não é considerada, no inquérito policial, nenhuma das hipóteses de competência do juiz das garantias, e, mesmo naquelas matérias em que estas o sejam, deverão ser levadas em conta as exceções para autuação em apartado (provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou provas antecipadas).

Esse detalhamento de cada uma das hipóteses de competência do juiz das garantias apenas confirma que a leitura do § 3º do art. 3º-C do CPP, à luz dos critérios de precisão e ordem lógica na construção do preceito legislativo, indica que os autos do inquérito devem compor o processo-crime.

Para obter a precisão do enunciado, segundo a LCP 95/98, deve-se “articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma”; assim como “expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico”; e “evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto” (letras “a”, “b” e “c”, respectivamente, do inciso II do art. 11).

Para alcançar a ordem lógica, o enunciado normativo deve “restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio” (letra “b” do inciso III do art. 11 da LCP 95). Assim, quisesse expressar que os autos do inquérito *não* comporiam o processo-crime aforado a partir dos achados da investigação preliminar, o legislador deveria ter enunciado isso em dispositivo próprio na lei, precisamente no título sobre a ação penal ou no capítulo sobre a instrução criminal, constante do título atinente ao processo comum. Ao não proceder dessa forma, o legislador acabou por impor a unívoca interpretação de que os autos do inquérito policial, sim, devem compor os autos do processo-crime.

Considerações finais

A redação confusa do § 3º do art. 3º-C do CPP, tal como imposta na Lei 13.964/2019, não afastou os autos do inquérito policial da composição dos autos do processo-crime. Isso, porque, como foi demonstrado, o inquérito policial não é matéria de competência do juiz das garantias. Quando chamado a dizer no curso da investigação preliminar, o juiz das garantias o fará em procedimentos apartados ou se valerá de atos decisórios que podem, por óbvio,

ter base no inquérito, mas não se confundem com a direção ou a condução da investigação.

Afinal, o juiz das garantias, nem de longe, é um juiz da investigação. Ao contrário, o juiz das garantias é a afirmação, agora como regra de competência funcional dirigida ao resguardo da chamada imparcialidade objetiva do julgador, que “deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo”.[27]

Assim, a figura em comento pouco se refere à melhor conformação da imparcialidade do juiz. Aliás, é precisa a advertência de Mauro Fonseca Andrade, quando, após exame de diversos casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, salienta que aquele sistema de proteção de direitos humanos nunca reconheceu vício de parcialidade no juiz que trave conhecimento com medida invasiva no curso da investigação.[28] Em rigor, o juiz das garantias se antagoniza com um juiz de investigação. Este último nunca recebeu conformação normativa no Direito brasileiro ou mesmo admitiu melhor aplauso da doutrina.

A composição dos autos do processo-crime a partir dos autos da investigação preliminar não implica que o processo cognitivo do juiz de instrução e julgamento leve em consideração os elementos de informação produzidos na investigação como se provas fossem. Prova, é bom lembrar, é aquele elemento de convicção produzido sob o crivo do contraditório e perante juiz imparcial. No entanto, pretender que a construção da imparcialidade do juiz se dê à custa da alienação deste a respeito do que se produziu na investigação preliminar é confundir o processo racional de fundamentação da decisão com o processo íntimo de convicção do julgador. O controle da decisão, vale dizer, dá-se sobre aquilo que o juiz externa, e não sobre aquilo que ele intimamente considera [29].

O aprimoramento do processo decisório do juiz ocorre mais por intermédio de medidas destinadas a simplificar e a desburocratizar a investigação em favor do processo-crime célere e efetivo, e menos por meio da salvaguarda desnecessária da ocultação dos autos da investigação que lastrearam a imputação penal em juízo.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi, Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias, in: BONATO, Gilson (Org.), Processo Penal, Constituição e Critica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 345–346.

28 ANDRADE, O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

29 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias, A imediação na avaliação da prova no processo penal e o papel dos tribunais, in: Desafios contemporâneos do sistema acusatório, Brasília: ANPR, 2018, p. 105–127.

Referências

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves O inquérito policial foi excluído do processo judicial? In: Meu site jurídico. 2 jan. 2020. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/01/02/o-inquerito-policial-foi-excluido-processo-judicial/. Acesso em: 30 jan. 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4a Região (TRF4), Porto Alegre, n. 40, 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html. Acesso em: 12 ago. 2018.

ARAS, Vladimir. Juiz das garantias e o destino do inquérito policial. Consultor Jurídico - Conjur, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial. Acesso em: 29 jan. 2020.

ARMENTA DEU, Teresa. Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). Processo Penal, Constituição e Critica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343–360. Disponível em: http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html.

BARILLI, Raphael Jorge De Castilho. A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 669–705, 2018.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Ficha de tramitação do Projeto de Lei no 10.372, de 6 de junho de 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Parecer elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Ato do Presidente de 14 mar. 2019, “destinado a analisar e

debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei n. 10.372, de 2018, n. 10.373, de 2018, e n. 882, de 2019".2 jul. 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 10.372, de 6 de junho de 2018, de autoria dos Deputados Federais José Rocha - PR/BA, Marcelo Aro - PHS/MG , Wladimir Costa - SD/PA , Nilson Leitão - PSDB/MT e outros. Ementa: Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Apresentação do Projeto de Lei n. 882/2019, pelo Poder Executivo, que: "Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei no 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei no 12.037, de 1o de outubro de 2009, a Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei no 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa". Inteiro teor Apresentação da Mensagem n. 50/2019, pelo Poder Executivo, que: "Submete à deliberação do Congresso Nacional o texto do projeto de lei que 'Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984- Lei de Execução Penal, a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei no 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei no 12.037, de 12 de outubro de 2009, a Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei no 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa'." 6 jun. 2018a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 882, de 19 de fevereiro de 2019, de autoria do Poder Executivo. Apresenta a Mensagem n. 50, de 19 de

fevereiro de 2019). “Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei no 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei no 12.037, de 1o de outubro de 2009, a Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei no 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa”. Apresentação do Projeto de Lei n. 882/2019, pelo Poder Executivo, que: “Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei no 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei no 12.037, de 1o de outubro de 2009, a Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei no 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa”. Inteiro teor Apresentação da Mensagem n. 50/2019, pelo Poder Executivo, que: “Submete à deliberação do Congresso Nacional o texto do projeto de lei que ‘Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984- Lei de Execução Penal, a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei no 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei no 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei no 12.037, de 12 de outubro de 2009, a Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei no 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa’.” 19 fev. 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353. Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei no 4.209, de 2001. Origem: Poder Executivo - MSC 215/2001. Ementa: Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à investigação criminal, e dá outras providências. Apresentação em 12 mar. 2001. Proposição arquivada em 21 mai. 2019. 12 mar. 2001. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLII.pdf#page=36.

Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei no 4.895, de 1995. Autoria: Poder Executivo. Ementa: Altera o Código de Processo Penal, dando nova disposição ao inquérito policial e as formas do procedimento, e introduzindo a suspensão condicional do processo. 25 maio. 1995. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD20JAN1995.pdf#page=24. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei no 8.045, de 2010 (PLS no 156, de 2009, no Senado Federal). Código de Processo Penal. 22 dez. 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei no 6.341, de 2019 (no 10.372/2018, na Câmara dos Deputados). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/102744?sequencia=233. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298. (ADI 6.298 MC). Distrito Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Monocrática. Min. Dias Toffoli no exercício da presidência - ad referendum do Plenário - em 15 jan. 2020Relator: Min. Luiz Fux, 15 jan. 2020a. Disponível em: http://stf.jus.br. Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298. (ADI 6.298 MC). Distrito Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Monocrática. Min. Luiz Fux no exercício da presidência - ad referendum do Plenário - em 22 jan. 2020Relator: Min. Luiz Fux, 22 jan. 2020b. Disponível em: http://stf.jus.br. Acesso em: 26 fev. 2019.

FERREIRA, Jair Francelino. A Lei Complementar no 95 e a técnica de alteração das leis. E-Legis - Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados, Brasília, v. 5, n. 5, p. 6–19, 2010.

GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal. Consultor Jurídico - Conjur, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal. Acesso em: 30 jan. 2020.

PASSOS, Edilenice. Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília: Senado Federal - Senado Federal: Secretaria de Informação e Documentação, 2008. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI95399,51045-Poder+Executivo+ja+fez+diversas+-tentativas+para+alterar+o+CPP.

PIERANGELI, José Henrique. Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. A imediação na avaliação da prova no processo penal e o papel dos tribunais. In: Desafios contemporâneos do sistema acusatório. Brasília: ANPR, 2018, p. 105–127. Disponível em: https://t.co/yYQqHuU9VU.

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E PERFIL GENÉTICO: QUESTÕES RELEVANTES SOBRE AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. º 13.964/2019 E O *CRIMINAL PROFILING*

Augusto Cesar Piaskoski[1]
José Laurindo de Souza Netto[2]
Adriane Garcel[3]

SUMÁRIO

RESUMO

O artigo pretende debater questões relativas aos procedimentos de identificação criminal no Brasil, partindo de uma abordagem acerca das discussões que surgem a partir da vigência das legislações sobre o tema no cenário nacional, até novos paradigmas suscitados com a vigência da Lei n.º 13.964/2019, notadamente sobre a extração do material genético para formação do *criminal*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestrando em Direito Penal e Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal. Residente e domiciliado à Rua Ângelo Massignan, 694, São Braz, Curitiba/PR, Brasil

2 Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e Professor da Escola da Magistratura do Paraná- EMAP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

3 Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br - ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5096-9982

profiling que acaba por estimular as estruturas de punição proativa baseadas numa racionalidade atuarial, que direcionam o foco do direito penal para fatos futuros a partir de dados probabilísticos extraídos dos perfis genéticos.

PALAVRAS-CHAVE: Identificação criminal; perfil genético; Lei n. º 13.964/2019; *criminal profiling*; punição proativa.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo debater questões controversas acerca dos procedimentos de identificação criminal no Brasil, sobretudo a partir da vigência da Lei n. º 13.964/2019. Assim, o problema jurídico que se coloca será dividido em duas abordagens: A primeira tem origem nas críticas levantadas pela doutrina nacional a partir da vigência dos procedimentos de identificação criminal no Brasil, sobretudo aqueles atinentes a constitucionalidade dos mecanismos compulsórios de extração do perfil genético. Em segundo lugar, serão debatidas novas perspectivas que os procedimentos de identificação genética incorporaram aos mecanismos de investigação criminal, típicos de justiça atuarial, que deslocam a atenção do direito penal de fatos pretéritos para fatos futuros, permitindo a criminalização de perfis proativos.

Para isso, o estudo partirá de uma breve exposição acerca da incorporação dos mecanismos de identificação criminal na legislação brasileira, bem como das alterações legislativas promovidas pela Lei n. 13.964/2019 que guardam relação com o tema.

Em seguida, serão expostas algumas questões dogmáticas relativas à utilização de dados genéticos para criação de perfis criminais (*criminal profiling*) com vistas a elucidar investigações e criar padrões de risco a partir de dados biológicos e comportamentais.

Ao final, serão destacadas as dificuldades decorrentes da criminalização de perfis proativos baseados em dados probabilísticos que antecipam uma previsibilidade de crimes futuros, deslocando as compreensões existentes acerca da intervenção penal a partir de uma racionalidade atuarial.

2. Perfil Genético e a identificação criminal no Brasil

A partir do advento da Lei n. 12.654/2012 uma nova hipótese de identificação criminal realizada através da coleta de perfil genético passou a vigorar no sistema jurídico nacional e promoveu alterações significativas na Lei n. º 12.037/2009 – que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado – e na Lei n. º 7.210/1984 – Lei de Execuções Penais.

A inovação trazida pela Lei n. º 12.654/2012 introduziu o art. 9º-A à Lei de Execuções Penais, que entrou em vigor nos seguintes termos:

> "Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. "

Assim, a Lei de Execuções Penais passou a determinar a obrigatoriedade de submissão a identificação criminal através do perfil genético para todos aqueles indivíduos condenados por crime doloso com violência ou grave ameaça, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei n. º 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

A Lei n. º 12.654/2012 também estabeleceu as primeiras previsões acerca da regulamentação do Banco Nacional de Perfis Genéticos no Brasil ao incluir o art. 5º-A à Lei n. º 12.037/2009, nos seguintes termos:

> "Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.".

A previsão quanto ao necessário armazenamento de dados em banco de perfis genéticos resultou na criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos em 2013, a partir do Decreto n. º 7.950 de 12 de março, que instituiu o órgão no âmbito do Ministério da Justiça, com o objetivo de armazenar os dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

Em relação ao armazenamento dos dados coletados, foi atribuído o caráter sigiloso a todos os dados constantes nos bancos (§2º, art. 5-A, da Lei n. º 12.037/2009), assim como foi vedada a revelação de traços somáticos ou comportamentais das informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos, exceto quando relacionada à determinação genética de gênero (§1º, art. 5-A, da Lei n. º 12.037/2009).

A previsão feita pela Lei n.º 12.654/2012 também estabeleceu a necessária exclusão dos dados de perfis genéticos dos bancos de dados após o tér-

mino do prazo prescricional previsto em lei para o delito (art. 7º-A, da Lei n.º 12.037/2009)[4].

Todas essas disposições acerca da submissão obrigatória do indivíduo à coleta de material genético, bem como ao armazenamento do material colhido, criaram uma série de questionamentos ao novo sistema de identificação criminal vigente, principalmente à luz de princípios constitucionais, diante da ausência de parâmetros e limites para o funcionamento do sistema de coleta e armazenamento de dados genéticos[5].

Isso porque, em primeiro lugar, a identificação criminal obtida a partir do método previsto no art. 9º-A da LEP (Lei de Execuções Penais) tem por objetivo "coletar elementos (material biológico) que possam subsidiar perícias técnicas com vistas à elucidação de um crime, pretérito ou futuro"[6].

Assim, além de caracterizar procedimento de identificação criminal, sujeito ao exame de constitucionalidade face ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o procedimento também está sujeito às regras processuais e constitucionais sobre os métodos de obtenção de prova, na medida em que permite a utilização dos dados coletados para fins de investigação criminal.

Nesse sentido, a obrigatoriedade do condenado em fornecer material genético para identificação do perfil acabaria por confrontar o princípio *nemo tenetur se detegere,* ou princípio da não autoincriminação, que veda a possibilidade de o indivíduo ser obrigado a produzir, contra si, prova autoincriminatória (art. 5º, LXII, da CR/88).

Por isso é que, desde a sua edição, a constitucionalidade do art. 9º-A da LEP vem sendo debatida pela doutrina nacional[7], além de ser objeto de discussão perante o Supremo Tribunal Federal no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 973.837, com repercussão geral reconhecida, ainda pendente de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 O art. 7º-A foi alterado pela Lei n. º 13.964/2019, que condicionou a exclusão dos dados dos bancos de perfis genéticos apenas (i) em caso de absolvição do acusado, ou (ii) no caso de condenação, mediante requerimento, após 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. Nesse sentido, a hipótese de exclusão dos dados a partir da extinção da punibilidade deixou de existir.

5 Não pretendemos, neste ensaio, aprofundar o estudo acerca do funcionamento de bancos de dados genéticos para fins criminais no Brasil. Para isso, recomenda-se: BONACCORSO, Norma Sueli. Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo (SP), 2010.

6 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 13. ed. rev., e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p. 47-48.

7 Nesse sentido: MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. "A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos". Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, vol. 20, n. 98, set. 2012, p. 339-360; CARVALHO, Diego Machado de. As Intervenções Corporais no Processo Penal: entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 147-150.

julgamento.

Além das razões já elencadas e que decorrem da edição da Lei n. º 12.654/2012, também merecem destaque as recentes alterações promovidas pela Lei n. º 13.964/2019 (Lei Anticrime), que passaram a suscitar novos questionamentos envolvendo a constitucionalidade do art. 9º-A da LEP, que serão expostos a seguir.

3. As alterações promovidas pela Lei n. º 13.964/19

Em primeiro lugar, merece destaque a proposta de alteração do art. 9º-A da LEP formulada pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança, Sérgio Fernando Moro, através da Mensagem n.º 50/2019 ("Pacote Anticrime"), que visava a ampliação das hipóteses de submissão obrigatória do sujeito a identificação do perfil genético, nos seguintes termos[8]:

> "Art. 9º-A. Os condenados por crimes praticados com dolo, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional. "

Em razão da evidente afronta ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CR/88), frente a pretensa submissão do sujeito a identificação criminal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o texto originário foi alterado pelo PL n. º 6.341/2019 do Senado Federal, que deu nova redação a proposta de alteração do art. 9.º-A, da LEP, nos seguintes termos:

> "Art. 9º-A O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identifica-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 As considerações feitas acerca das alterações promovidas pela Lei n. º 13.964/2019 ao art. 9º-A, da LEP, estão baseadas na obra: MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lei Anticrime: A (Re) forma Penal e a aproximação de um sistema acusatório?. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

> ção do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

Mesmo que as alterações realizadas pelo Congresso Nacional ao texto original proposto pelo "Pacote Anticrime" tenham sanado eventuais questionamentos quanto a constitucionalidade do texto à luz do princípio da presunção de inocência, as pretensas modificações ao *caput* do art. 9º-A - assim como aos §§ 5º, 6º e 7º -, da LEP, foram vetadas pelo Presidente da República[9].

Por outro lado, enquanto foram vetadas as tentativas de alteração do *caput* do art. 9º-A, da LEP, a Lei n. º 13.964/2019 provocou inúmeras alterações na Lei n. º 12.037/2009 que recaem sobre os mesmos questionamentos já levantados acerca da identificação do perfil genético à luz do princípio da presunção de inocência.

Isso porque, em primeiro lugar, a Lei n. º 13.964/2019 incluiu o novo art. 7º-C à Lei n. º 12.037/2009, que autoriza a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que terá por objetivo "armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais" (§2º, art. 7º-C, da Lei n. º 12.037/2009).

Ocorre que o registro de dados a que faz referência o novo art. 7º-C, da Lei n. º 12.037/2009, não está sujeito ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, uma vez que autoriza a coleta de registros biométricos, de impressões digitais, íris, face e voz de presos provisórios ou definitivos, quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal (§4º).

Por isso é que, embora tenha sido vedada a possibilidade de identificação do perfil genético antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória pelo procedimento previsto no art. 9º-A, da LEP, o mesmo não se pode afirmar quanto a identificação criminal do civilmente identificado armazenada no Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, prevista no art. 7º-C da Lei n. º 12.037/2009.

Já em relação as alterações propostas ao art. 9º-A, da LEP, que efetivamente entraram em vigor a partir da Lei n. º 13.964/2019 (§§1º, 3º, 4º e 8º),

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 As razões do veto n.º 56/2019 que incidem sobre a proposta de alteração do caput do art. 9º-A, da LEP, decorrem, segundo o Presidente da República, da ausência de previsão de identificação do perfil genético para todos aqueles crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90). Cf. MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lei Anticrime: A (Re)forma Penal e a aproximação de um sistema acusatório?. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020, p. 174.

merece especial destaque aquela previsão incluída pelo novo §3º, que terá especial relevância para o estudo pretendido neste ensaio.

Isso porque o novo §3º, do art. 9º-A, da LEP, determina que será "viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado [...]".

A previsão feito pelo dispositivo, além de apresentar conformidade com os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LV, CR/88), também possibilita ao condenado o acesso a toda a cadeia de custódia de dados que levaram a definição do perfil genético e, consequentemente, aos padrões de perfilamento forense que traduzem os parâmetros utilizados para o *criminal profiling*.

Nesse sentido, conforme afirmam Mendes e Lucchesi[10]:

> "Para nós, portanto, a garantia de acesso aos dados contidos nos bancos de perfis genéticos pelo titular dos dados, prevista no § 3.º, é coerente com as cláusulas constitucionais de garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV). Por outro lado, além do acesso aos dados próprios do indivíduo, é preciso também que sejam disponibilizados os padrões de perfilhamento proativo, para que se tenham parâmetros de adequação aos comportamentos perfilados. "

A inovação trazida pelo §3º, do art. 9º-A, da LEP, ao facultar o acesso aos dados perfilados do condenado, vai muito além da mera atenção aos princípios constitucionais que regem o processo penal e alcança discussões que há anos eram travadas por autores que criticavam os sistemas de *criminal profiling* por criarem padrões de perfilamento proativos desconhecidos pelos sujeitos perfilados[11], que serão oportunamente debatidos nos capítulos seguintes.

10 MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lei Anticrime: A (Re)forma Penal e a aproximação de um sistema acusatório?. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020, p. 175.

11 Nesse sentido: HILDEBRANDT, Mireille. "Proactive Forensic Profiling: Proactive Criminalization?", The Boundaries of the Criminal Law, 2010; e HILDEBRANDT, Mireille; KOOPS, Bert-Jaap; VRIES, Katja de. D7.41b: Idem-Identity and Ipse-Identity in Profiling Practices". FIDIS. 2009.

4. Identificação genética e o criminal profiling

A necessária evolução das técnicas de investigação criminal parece ser inquestionável em tempos de avanço tecnológico e modernização investigativa, principalmente quando apresentam resultados assertivos superiores às técnicas preexistentes.

A técnica de identificação genética mediante extração do DNA (ácido desoxirribonucleico), presente no art. 9º-A, da LEP, é um dos mais avançados mecanismos existentes para identificação criminal, permitindo que os perfis coletados sejam comparados com outras amostras armazenadas. Essa comparação de dados obtidos a partir da identificação do perfil genético é corriqueira nas investigações criminais em diversos países[12] e permitem que a autoridade investigadora trace um perfil do agressor a partir de dados da sua personalidade e padrões de comportamento, com vistas a identificar traços e características do criminoso[13].

Após a identificação do perfil criminal (*criminal profiling*) é que um modelo descritivo do provável agressor passa a surgir, possibilitando o cruzamento de dados de potenciais suspeitos com os perfis já identificados a partir de critérios de correspondência, que permitirão auxiliar as investigações criminais[14].

Segundo Snook[15], um dos procedimentos centrais para definição de um modelo descritivo decorre das evidências deixadas na cena de um crime, que são averiguadas a partir das (i) características das ações praticadas, (ii) da avaliação das motivações e (iii) do perfil do agressor[16].

Seguindo esses indicadores é que a autoridade investigadora poderá realizar uma avaliação probabilística das características do sujeito a partir de um processo de perícia forense que indicará dados básicos do provável

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 Cf. GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. “O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654”. Revista de Bioetica y Derecho. Vol. 35, 2015, p. 94-107.

13 MENDES, Bárbara S. A., Profiling Criminal: Técnica auxiliar de investigação criminal. Dissertação de Mestrado em Medicina Legal. Universidade do Porto, 2014, p. 11. Disponível em:< https://core.ac.uk/download/pdf/143403239.pdf>. Acesso em 22/07/2020.

14 KOCSIS, Richard N., HELLER, Gillian Z., TRY, Andrew, “Visual versus narrative case material: The impact on criminal psychological profiling”. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. Vol. 47, n. 6, 2003, p. 664-676.

15 SNOOK, B., GENDREAU, P., BENNELL, C., TAYLOR, P. J., “Criminal profiling Granfalloons and gobbledygook”. Skeptic. Vol. 14, n. 2, 2008, p. 36-41.

16 SNOOK, B., TAYLOR, P. J., GENDREAU, P., BENNELL, C., “On the need for scientific experimentation in the criminal profiling field: A reply to Dern and colleagues”. Criminal Justice and Behavior. Vol. 36, n. 10, 2009, p. 1091-1094.

ofensor (ex. idade, sexo, grau de escolaridade, status social, antecedentes criminais, potencialidade de reiteração delitiva e até a área de residência)[17] com vistas a reduzir um número expressivo de potenciais suspeitos[18].

Assim, o principal objetivo da definição dos perfis é o de identificar potenciais agressores e orientar investigações criminais, relacionando casos que apresentem as mesmas características da atuação criminosa ou do perfil do ofensor.

De acordo com Soeiro[19], em se tratando de apoio à investigação criminal, as tipologias obtidas a partir dos estudos de perfis genéticos possibilitam a criação de uma série de padrões criminais que, para cada tipo de crime, apresentarão um modelo orientador de análise.

Para auxiliar na construção do perfil a autoridade investigadora também busca reunir o máximo de informações possíveis sobre o tipo de ofensor e o tipo de crime em questão. Essas informações são colhidas através de entrevistas com ofensores que praticaram crimes semelhantes ou, também, a partir da comparação de elementos do crime que possam apresentar semelhanças entre si[20].

Assim, o que se pode concluir é que a técnica utilizada para definição do *criminal profiling* representa um efetivo instrumento de auxílio para a investigação criminal, na medida em que fornece uma série de informações elementares para a constituição de indicadores das prováveis características do ofensor.

Por outro lado, parece não haver dúvidas que a utilização de dados probabilísticos para orientar o perfilamento de um agressor, através de um método de estereotipização, podem suscitar inúmeros questionamentos que se manifestam desde questões legais, dada a subjetividade do método, até questões criminológicas, uma vez que os procedimentos de *profiling* parecem invocar parâmetros semelhantes aqueles utilizados pela escola positivista italiana, em especial das teorias de Cesare Lombroso[21].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

17 EGGER, Steven A., “Psychological profiling: Past, present, and future”. Journal of Contemporary Criminal Justice. Vol. 15, n. 3, 1999, p. 242-261.

18 DOWDEN, C., BENNELL, C., BLOOMFIELD, S., “Advances in offender profiling: A systematic review of the profiling literature published over the past three decades”, Journal of Police Criminal Psychology. Vol. 22, 2007, p. 44-56.

19 SOEIRO, Cristina B., “Perfis criminais e crime de abuso sexual de crianças”, Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova. Vol. 4, 2009, p. 49-63.

20 SOEIRO, Cristina B., “Perfis criminais e crime de abuso sexual de crianças”, Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova. Vol. 4, 2009, p. 49-63.

21 Não pretendemos, neste ensaio, tecer reflexões aprofundadas sobre a teoria de Cesare Lombroso. Por isso, indica-se: LOMBROSO, Cesare. O Homem Delinquente, trad.: Sebastião José Roque. 1ª Reimpressão, São Paulo: Ícone, 2010.

5. A relação entre o perfilamento forense e a punição proativa

Considerando a exposição dos parâmetros e métodos utilizados para definição do *criminal profiling*, é possível compreender que a partir do desenvolvimento tecnológico das técnicas de processamento de dados de perfis genéticos e biométricos - tais como aqueles previstos no art. 9º-A, da LEP, e em toda a Lei n.º 12.037/2009 -, passou a ser possível a estruturação de mecanismos de segurança e de prevenção a criminalidade que examinam padrões de comportamento, típicos de justiça atuarial, que deslocam a atenção de fatos pretéritos para possíveis fatos futuros.

Nesse sentido, a racionalidade atuarial[22] que embasa a estruturação desses mecanismos de proficiência acabam por deslocar a atenção daqueles perfis retroativos – compreendidos como aqueles perfis tradicionais investigados dentro dos limites de um processo penal que visa elucidar um fato pretérito - para os perfis proativos – que indicam uma ameaça futura, cujos limites de atuação do pretenso ofensor não estão claramente estabelecidos -, de modo a criminalizar e reprimir comportamentos futuros baseados nas características e dados probabilísticos extraídos dos perfis identificados. Tais métodos poderiam ampliar consideravelmente os limites do direito penal e transformar a própria compreensão da punição como a entendemos hoje[23].

Embora possa parecer novidade a criminalização de comportamentos futuros que antecipam uma previsibilidade criminosa daqueles perfis proativos, é preciso destacar que essas técnicas já são utilizadas há muito tempo pelos sistemas de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, que apresentam aos órgãos do sistema financeiro as tipologias de clientes e operações de caráter suspeito que devem ser comunicadas aos órgãos reguladores setoriais e aos órgãos de investigação[24].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

22 Para uma compreensão criminológica aprofundada acerca da construção da racionalidade atuarial, indica-se: BORTOLOZZI JR, Flávio. “Resistir para re-existir”Criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

23 HILDEBRANDT, Mireille. “Proactive Forensic Profiling: Proactive Criminalization?”, The Boundaries of the Criminal Law. 2010, p. 115- 116.

24 Nesse sentido, os sistemas de reporte de informações sobre operações suspeitas de lavagem de dinheiro também levantam inúmeros questionamentos acerca da (im)possibilidade de utilização das informações produzidas fora dos ditames processuais penais para fins de investigação criminal. Sobre o tema: PIASKOSKI, Augusto Cesar. Reporte de informações sobre operações suspeitas de branqueamento de capitais e a sua utilização como prova no processo penal. Relatório apresentado à disciplina de Direito Processual Penal I. Mestrado em Direito e Ciência Jurídica com especialidade em Direito Penal e Ciências Criminais. Universidade de Lisboa, Lisboa: 2019.

A utilização da justiça atuarial, a partir da criação dos perfis criminais, passaria, então, a permitir a intervenção do direito penal para todos os cidadãos que apresentem características que correspondam aos perfis criminais identificados, seja através de padrões de movimentações financeiras, de dados biológicos, etc.

Segundo Hildebrandt[25], essa estrutura acabaria por contrariar, em primeiro lugar, a lógica de que o direito penal responde a fatos pretéritos e não futuros e, segundo, que a lei criminal diz respeito a ações e não a características biológicas ou comportamentais.

Assim, o problema da intervenção penal proativa a partir do *criminal profiling* é que ela decorre de comportamentos que são indicativos de riscos por corresponderem a dados probabilísticos e não por representarem condutas propriamente ilícitas, ignorando qualquer concepção de liberdade, voluntariedade, ação, causalidade, entre outras.

Por outro lado, se as tecnologias que definem o *criminal profiling* são apresentadas como uma pré-condição para a criminalização do comportamento que se adequa aos perfis já identificados, parece ser imprescindível que esses padrões sejam disponibilizados a todos os cidadãos, para que o sujeito tenha plena consciência de como serão interpretados os seus comportamentos de acordo com as tipologias existentes de perfis criminais.

De acordo com Hildebrandt[26], seria uma questão acerca de como o sujeito pode(rá) saber se seu comportamento representa um risco sobre determinado crime, a fim de que mude o comportamento para evitar a violação criminosa.

Neste ponto, retomamos a observação já feita acerca da certeira previsão feita pelo §3º, do art. 9º-A, da LEP, incluído pela Lei n. º 13.964/2020, que deve ser lido não somente a partir da possibilidade de acesso aos dados gerados no procedimento de identificação criminal pelo titular dos dados, mas também a partir da possibilidade de acesso, pelo titular dos dados, a todos os padrões de identificação a que foram equiparadas as características do seu perfil.

Do mesmo modo, para além da previsão legal do §3º, do art. 9º-A, da LEP, a publicidade dos padrões de perfilamento para fins de identificação criminal não devem estar restritas apenas aqueles indivíduos que já tiveram seus perfis genéticos identificados, mas a todo e qualquer cidadão que deseje saber se o seu perfil de comportamento apresenta algum tipo de compatibilidade

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

25 HILDEBRANDT, Mireille. “Proactive Forensic Profiling: Proactive Criminalization?”, The Boundaries of the Criminal Law. 2010, p. 114.

26 HILDEBRANDT, Mireille. “Proactive Forensic Profiling: Proactive Criminalization?”, The Boundaries of the Criminal Law. 2010, p. 117.

com os parâmetros de risco já identificados e perfilados.

Nesse contexto, toma-se como exemplo as considerações do jurista português, Miguel da Câmara Machado, ao tratar dos novos regimes de prevenção à lavagem de dinheiro em Portugal:

> "Em jeito de síntese e de conselho, se eu tivesse um banco (e só me preocupasse com branqueamento!), a primeira coisa que fazia era mostrar aos meus colaboradores o artigo 53.º para que todos começassem a saber o que não se pode mesmo fazer nesta terceira, quase quarta, a caminho da quinta, geração de prevenção do branqueamento de capitais."[27]

Assim, ao confrontar criticamente os deveres impostos às instituições bancárias – e demais instituições financeiras obrigadas – pelas legislações de prevenção ao branqueamento de capitais em Portugal, o autor lusitano expõe, quase que em tom irônico, que "se fosse dono de um banco", demonstraria aos colaboradores as regras vigentes sobre os deveres de colaboração com as instituições reguladoras, de modo a assegurar que clientes e demais colaboradores estejam cientes dos padrões de comportamento e movimentações financeiras que se adequam as tipologias de risco e que devem ser reportadas aos órgão reguladores.

É nesse mesmo sentido que se afirma que as características dos perfis criminais identificados a partir de dados biológicos e comportamentais devem ser públicas, para que qualquer indivíduo possa ter acesso a padrões de perfilamento forense, a fim de evitar que seja punido em razão do perfil proativo. Em outras palavras, se esse tipo de estrutura baseada numa racionalidade atuarial permite a antecipação de fatos futuros a partir de um modelo de risco, os padrões comportamentais a serem evitados também precisam estar claramente estabelecidos e amplamente divulgados, para que a punibilidade atenda a critérios de estrita legalidade e esteja vinculada a uma ação típica penalmente relevante.

Em termos gerais, por todo o exposto, as questões relativas à criação dos perfis criminais e a punição proativa ainda são poucos exploradas e demandam novas reflexões a partir do desenvolvimento tecnológico e aprimora-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 MACHADO, Miguel da Câmara. "Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais". Revista de Concorrência e Regulação. Paulo de Sousa Mendes (dir.), Miguel Sousa Ferro (dir.). Ano VIII, n. º 31, jul./set. 2017, p. 84.

mento das técnicas de identificação. Isso porque, se por um lado, a utilização de tipologias de risco estão fortemente presentes em setores que identificam condutas suspeitas a partir de movimentações financeiras (como por exemplo, nas investigações de lavagem de dinheiro), por outro lado, encontram grandes dificuldades quando os critérios de risco estão embasados em fatores biológicos, que podem fomentar uma cultura marcante de estigmatização e seletividade do direito penal, que agora atenderá a critérios de risco[28].

6. Conclusão

Partindo das concepções de *criminal profiling* e considerando que o futuro das legislações brasileiras que tratam da identificação criminal ainda estão indefinidos – principalmente em razão da pendência de debate acerca da constitucionalidade do art. 9º-A, da LEP, pelo STF -, o que se observa é que a extração de material genético para fins de identificação e orientação de investigações ainda carece de estudo e regulação, principalmente no que refere a problemas práticos, como o valor processual das informações extraídas dos dados genéticos.

Quanto a questão da punição proativa decorrente do perfil genético, embora pareça ser incompatível com o processo democrático e com a lógica de que a punição através do direito penal requer a prática de uma conduta típica relevante para fins penais, não se pode ignorar que os mecanismos que arquitetam uma cultura proativa de análise de perfil estão a todos os momentos analisando como os indivíduos (inter)agem, desde relações consumeristas até as relações que apresentam relevância do ponto de vista criminal.

Por isso, a atenção que esse tipo de mecanismo desperta quando utilizado para fins penais não pode ser ignorada e deve ser concebida com envolvimento ativo da população, de modo a possibilitar que todos tenham (cons) ciência acerca dos perfis a que correspondem.

7. Referências

BORTOLOZZI JR, Flávio. “Resistir para re-existir”Criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

28 Nesse sentido: TAVARES, Natália L. F., GARRIDO, Rodrigo G., SANTORO, Antônio E. R., “O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica”. Revista Jurídica, v. 4, n. 45, Curitiba, 2016, p. 207-226.

CARVALHO, Diego Machado de. As Intervenções Corporais no Processo Penal: entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DOWDEN, C., BENNELL, C., BLOOMFIELD, S., “Advances in offender profiling: A systematic review of the profiling literature published over the past three decades”. Journal of Police Criminal Psychology. Vol. 22, 2007.

EGGER, Steven A., “Psychological profiling: Past, present, and future”. Journal of Contemporary Criminal Justice. Vol. 15, n. 3, 1999.

GARCEL, Adriane. FOGAÇA, Anderson Ricardo. SOUZA NETTO, José Laurindo de. Métodos Autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de Covid-19: online dispute resolution –ODR. Revista Relações Internacionais no Mundo Atual, v.1, n.26 2020. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989 . Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. SOUZA NETTO, José Laurindo de. Análise da Teoria da Cegueira deliberada no Brasil. Revista Relações Internacionais no Mundo atual. DOI: 10.21902/revrima.v2i26.3897 Disponível em: http://dx.doi.org/10.21902/revrima.v3i27.3919. Acesso em: 20 ago. 2020.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. “O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654”. Revista de Bioetica y Derecho, v. 35, 2015.

17. GUILHERME, Gustavo Calixto; Netto, José Laurindo de Souza. Modelo Cooperativo Processual. In: A prescrição das Execuções fiscais. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/20585333/A+prescri%C3%A7%C3%A3o+das+execu%C3%A7%C3%B5es+fiscais+e+o+modelo+cooperativo+processual.+UERJ..pdf/6f86825d-adea-7c0a-172b-5963f3744916 . Acesso em: 05 fev. 2020.

HILDEBRANDT, Mireille; KOOPS, Bert-Jaap; VRIES, Katja de. D7.41b: Idem-Identity and Ipse-Identity in Profiling Practices”. FIDIS. 2009.

HILDEBRANDT, Mireille. “Proactive Forensic Profiling: Proactive Criminalization?”. The Boundaries of the Criminal Law, 2010.

KOCSIS, Richard N., HELLER, Gillian Z., TRY, Andrew, “Visual versus narrative

case material: The impact on criminal psychological profiling". International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology. Vol. 47, n. 6, 2003.

LOMBROSO, Cesare. O Homem Delinquente. Trad.: Sebastião José Roque. 1ª Reimpressão, São Paulo: Ícone, 2010.

MACHADO, Miguel da Câmara. "Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais". Revista de Concorrência e Regulação. Paulo de Sousa Mendes (dir.), Miguel Sousa Ferro (dir.). Ano VIII, n. º 31, jul./set. 2017.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. "A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos". Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 20, n. 98, São Paulo, set. 2012.

MENDES, Bárbara S. A., Profiling Criminal: Técnica auxiliar de investigação criminal. Dissertação de Mestrado em Medicina Legal. Universidade do Porto, 2014, p. 11. Disponível em:< https://core.ac.uk/download/pdf/143403239.pdf>. Acesso em 22/07/2020.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lei Anticrime: A (Re) forma Penal e a aproximação de um sistema acusatório?, São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 13. ed. rev., e ampl., São Paulo: Atlas, 2017.

NETTO, José Laurindo de Souza. Sistemas e Princípios. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA NETTO, Jose Laurindo; MONTESCIO, Horácio; GARCEL, Adriane. A Mediação Judicial como instrumento efetivo no processamento e julgamento dos processos de recuperação e insolvência empresarial. Administração de Empresas em Revista, v.2, n.16 (2019). Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4047revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4037/371372353.
DOI: http://dx.doi.org/10.21902/AdminRev.2316-7548.v2i16.4047

_____; Garcel, Adriane. DAMAKOSKI, Lucas. O Direito administrativo sobreviverá à globalização? Um diálogo entre os princípios constitucionais e a revolução virtual. Relações Internacionais no Mundo Atual. DOI: 10.21902/revrima.

v3i27.3919 . Disponível em:
http://dx.doi.org/10.21902/revrima.v3i27.3919 .Acesso em: 15 ago. 2020.

PIASKOSKI, Augusto Cesar. Reporte de informações sobre operações suspeitas de branqueamento de capitais e a sua utilização como prova no processo penal. Relatório apresentado à disciplina de Direito Processual Penal I. Mestrado em Direito e Ciência Jurídica com especialidade em Direito Penal e Ciências Criminais. Universidade de Lisboa, Lisboa: 2019.

SNOOK, B., GENDREAU, P., BENNELL, C., TAYLOR, P. J., "Criminal profiling: Granfalloons and gobbledygook". Skeptic. Vol. 14, n. 2, 2008.

SNOOK, B., TAYLOR, P. J., GENDREAU, P., BENNELL, C., "On the need for scientific experimentation in the criminal profiling field: A reply to Dern and colleagues". Criminal Justice and Behavior. Vol. 36, n. 10, 2009.

SOEIRO, Cristina B., "Perfis criminais e crime de abuso sexual de crianças". Ousar Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova. Vol. 4, 2009.

TAVARES, Natália L. F., GARRIDO, Rodrigo G., SANTORO, Antônio E. R., "O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica". Revista Jurídica. Vol. 4, n.º 45, Curitiba, 2016.

A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Bruno Monteiro de Castro Brandão[1]

SUMÁRIO

RESUMO

A cadeia de custódia, recentemente regulamentada pela Lei nº 13.964/19, nos arts. 158-A a 158-F, do Código de Processo Penal, visa a garantir a autenticidade e a integridade dos vestígios submetidos a perícia. Uma das mais relevantes controvérsias que a novidade legislativa suscita diz respeito às consequências da denominada quebra da cadeia de custódia. Decorreria a inadmissibilidade da prova, devendo ela (e as dela decorrentes) ser excluída dos autos? Seria caso de nulidade da prova? Em caso positivo, seria exigido efetivo prejuízo à defesa, para ser declarada? Ou deve o juízo aferir se a prova é confiável de acordo com todos os elementos existentes nos autos que possam demonstrar sua autenticidade e integridade? Estas são as principais questões abordadas no presente artigo, mediante a análise de doutrina e jurisprudência pátrias e de outros países que já discutem o tema há mais tempo.

PALAVRAS-CHAVE: cadeia de custódia; prova pericial; fiabilidade da prova; inadmissibilidade da prova; nulidade processual.

1. Introdução

Na esteira do desenvolvimento das ciências forenses, no decorrer do século XX, a cadeia de custódia surgiu como método para, em investigações criminais, preservar os vestígios coletados, a fim de que sejam os mesmos e mantenham as mesmas propriedades quando apresentados em juízo. Atu-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestrando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná.

almente, diante do crescimento exponencial da tecnologia, assistimos a um aumento significativo das perícias – especialmente informáticas – constatando-se, como consequência, um crescente interesse no tema.

No Brasil, somente com a Lei nº 13.964/19 houve regulamentação legal da cadeia de custódia, com a inclusão dos arts. 158-A a 158-F ao CPP[2]. Além de conceitos e disposições programáticas, foram previstas diversas obrigações objetivas por parte dos órgãos responsáveis pela investigação criminal.

A principal pergunta a ser abordada no presente trabalho é: o que ocorre se o procedimento previsto não for integralmente observado?

Como se verá adiante, na doutrina surgiram as seguintes correntes: as irregularidades na cadeia de custódia (i) implicam a inadmissibilidade da prova – especialmente por ferir o direito ao contraditório – bem como das provas dela derivadas; (ii) implicam nulidade processual; e (iii) devem ser levadas em consideração pelo juízo quando da valoração da respectiva prova, não havendo que se falar em inadmissibilidade ou nulidade da prova.

Para responder à questão apresentada, após exposição sobre o instituto, buscar-se-á analisar os fundamentos encontrados na doutrina e jurisprudência para a defesa de cada uma das posições mencionadas, apontando, ao fim, nossas conclusões.

2. A cadeia de custódia da prova

Não há, na doutrina, unanimidade sobre o conceito de cadeia de custódia[3]. Para melhor situá-la no direito processual penal, importa dizer que a expressão resume, em verdade, a cadeia de custódia *do vestígio apreendido pelo Estado para ser submetido a perícia.*

Etimologicamente, a expressão nos remete a uma sequência de atos (administrativos, considerando-se que a custódia é feita por órgãos do Estado) relativos à conservação de vestígios[4] de crimes. Nesse sentido, há quem a conceitue como a *sequência da posse de uma dada prova*[5].

Constata-se, porém, uma tendência de se usar a expressão para se referir, em verdade, à *prova da* cadeia de custódia. Quando se fala, por exemplo,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 Em 2014, o Ministério da Justiça editou a Portaria SENASP nº 82 (que serviu de base à novel regulamentação), porém somente era aplicável no âmbito da Força Nacional de Segurança Pública, conforme seu art. 2º.

3 Para um apanhado de conceitos apresentados por peritos, cf. DIAS FILHO, 2012 (itens 1 e 5).

4 Sobre a distinção entre os termos vestígio, evidência e prova, cf. DIAS FILHO, 2012 (item 2).

5 DALLAGNOL e CÂMARA, 2019, p. 530.

em "quebra da cadeia de custódia", não se está falando em quebra da sequência propriamente dita, mas numa falha em demonstrar a história da conservação do vestígio. Nessa acepção, pode-se dizer, resumidamente, que a cadeia de custódia se trata de *prova da história da conservação da evidência, enquanto sob a guarda do Estado.*

Ainda, por *história do vestígio* deve-se entender, especialmente, quais foram os procedimentos adotados para (a) preservar as propriedades da prova (integridade), e (b) garantir que se trata da mesma evidência (mesmidade/identidade/autenticidade).

Nos termos do novel art. 158-A do CPP, considera-se cadeia de custódia o *conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.*

Vê-se que tal conceito é mais amplo, abrangendo os *procedimentos utilizados* para manter e documentar a história, o que, de acordo com as definições anteriormente apresentadas, seriam formas de obter a (prova da) cadeia de custódia e de preservar o vestígio.

O art. 158-B do CPP descreve alguns *atos administrativos* para (i) evitar modificações nas propriedades do vestígio, e outros para (ii) produzir a (prova da) cadeia de custódia.

A cadeia de custódia, tal como regulamentada no CPP, se aplica a provas reais submetidas a perícia[6]. Quando o objeto dispensa perícia, merecem destaque os arts. 6º, II, e 11, do CPP, segundo os quais a autoridade policial deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato – após liberados pelos peritos criminais – que acompanharão os autos de inquérito policial[7].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 A previsão legal não foi isenta de críticas da doutrina: "(…) o legislador foi restritivo ao atrelar a necessidade de documentação da cadeia de custódia à prova pericial. Realmente, a cadeia de custódia normalmente está ligada à prova científica e, mais especificamente, à perícia de laboratório. Todavia, sua aplicação é mais ampla, estando relacionada com qualquer fonte de prova real (…). Também se poderá pensar na cadeia de custódia nos casos de 'coleta' ou 'apreensão' de elementos 'imateriais', registrados eletronicamente, como o conteúdo de conversas telefônicas, ou de transmissão de e-mails, mensagens de voz, fotografias digitais, filmes armazenados na internet etc." (BADARÓ, 2020, RB-10.34). Parece-nos, contudo, que os elementos imateriais mencionados pelo autor estão materializados nos registros eletrônicos, e são estes que eventualmente são submetidos a perícia. Há, de fato, quem defenda que vestígio imaterial – prova testemunhal, v.g. – deve ser submetida a cadeia de custódia, no sentido de que as autoridades devem adotar cautelas para não contaminá-las (cf. MATIDA, 2020 p. 7). Porém, a nosso sentir, não é pertinente, neste caso, se falar em cadeia de custódia, até porque não há custódia da prova pelo Estado.

7 A fim de evitar confusão terminológica, entendemos que a expressão "cadeia de custódia" não deve se aplicar ao mero acautelamento, no procedimento investigatório (a cargo do escrivão de polícia ou outro servidor legalmente responsável), de prova que dispensa perícia, o que basta para garantir sua autenticidade. Nessa esteira, a expressão

Os arts. 158-A a 158-F do CPP preveem determinações mais detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia. Há regras relativas, por exemplo, à qualidade do agente que preferencialmente deve fazer a coleta da prova (art. 158-C), aos dados que devem ser anotados (art. 158-B, III, V, VII, e art. 158-D, § 4º), aos materiais que devem ser utilizados (art. 158-D, § 2º), e aos procedimentos propriamente ditos (art. 158-B, VIII, art. 158-D, §§ 1º, 3º e 5º, e art. 158-E).

Em relação ao manuseio da prova, há previsão genérica, no art. 158-B, VIII, conceituando o *processamento* como o *exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características.* Ocorre que o CPP não estabelece a metodologia adequada para o exame de prova – aliás, diga-se, isto sequer seria pertinente, diante das frequentes modificações tecnológicas aplicadas às perícias. A única regra que dele se pode extrair é que o exame deve ser feito por perito oficial, ou, na falta deste, por dois peritos, com formação superior, nos termos do art. 159, § 1º, do CPP[8]. Assim, a fim de determinar a "metodologia adequada" para o exame da prova, devemos recorrer a parâmetros técnicos.

Havendo o descumprimento de normas jurídicas ou técnicas, inaugura-se a discussão sobre a quebra da cadeia de custódia e suas consequências, minudenciadas a seguir.

3. A quebra da cadeia de custódia

Antes de tratar do que caracteriza o descumprimento de regras relativas à cadeia de custódia, cumpre tecer breves considerações sobre a expressão "quebra da cadeia de custódia", consagrada na doutrina pátria.

O vocábulo *quebra* confere ênfase ao caráter sequencial da custódia da prova, que preserva sua *autenticidade*. No entanto, como visto, o instituto em

---

deve ser reservada para provas periciais, em relação às quais também se faz necessária a garantia da integridade. A título de ilustração, nos EUA, onde o debate acerca da cadeia de custódia se iniciou em meados do século XX, ela é prevista, em tese, como método de autenticação de qualquer prova real. No entanto, em relação às provas que prescindem de perícia, dispensa-se a cadeia de custódia quando há aposição de marcas que as identificam: "Existem dois métodos principais para provar a identidade de provas reais: primeiro, estabelecendo que as provas são 'prontamente identificáveis' e, segundo, estabelecendo uma 'cadeia de custódia'. (...) Um objeto inscrito com as iniciais ou marcações de um policial ou outra pessoa pode ser prontamente identificável. Nesses casos, a pessoa converte um objeto ordinário em um objeto prontamente identificável, colocando marcações distintas nele" (GIANNELLI, 1996, pp. 448/449 – tradução nossa).

8 Em relação a tal regra, cumpre registrar que o STJ não possui entendimento pacífico sobre eventual nulidade de laudo realizado por apenas um perito não oficial: cf. REsp 1798906/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 04/09/2019; e REsp 1350827/MG, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013.

questão visa também a resguardar a *integridade* da prova.

A expressão "*violação* da cadeia de custódia"[9], por sua vez, parece comportar melhor tal dualidade. Ainda assim, ambas as expressões remetem à falsa ideia da existência de somente um procedimento capaz de efetivamente alcançar o objetivo de preservação.

No entanto, não há procedimento legal que garanta a autenticidade e integridade da prova de forma absoluta. Com efeito, as regras previstas não impedem que o vestígio sofra modificações (naturais ou não), ou mesmo seja plantado – especialmente entre o momento do crime e sua apreensão pelo Estado – ainda que formalmente tenham sido cumpridas. Ademais, o cumprimento formal das regras não impede que alguém – um perito, por exemplo – se realmente estiver de má-fé, adultere a prova[10].

Noutro giro, entendemos que o descumprimento de alguma regra legal pode não ensejar a sua automática imprestabilidade, tendo em vista a possibilidade de a fiabilidade ser provada por outros meios. Da mesma forma, a prova pode perder sua fiabilidade sem que se tenha descumprido norma expressa. A propósito, como visto, a "metodologia adequada" ao processamento do vestígio (art. 158-B, VIII, do CPP) não é especificada em lei. Assim, tratando-se de conceito indeterminado, caberá ao magistrado, no caso concreto, sentenciar se o procedimento adotado foi apropriado.

Portanto, melhor seria falar simplesmente que o descumprimento das regras podem causar "vulneração" da cadeia de custódia (a qual pode ser restabelecida por outros elementos), ou outra expressão que reconheça os problemas suscitados. Não obstante, tendo em vista a aceitação dos termos mencionados, utilizaremos todos para designar as eventuais irregularidades na cadeia de custódia, que podem gerar consequências processuais.

Superada esta questão terminológica, cumpre tratar da definição das situações que ensejam a quebra da cadeia de custódia, o que apresenta dificuldades ímpares.

De fato, a ausência de critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia gera um problema de segurança jurídica. Diante da ausência de uma regulamentação clara e sistemática, a jurisprudência certamente terá papel relevante em estabelecer parâmetros para definir o que pode caracterizá-la.

Tendo em vista o pouco tempo de vigência dos arts. 158-A a 158-F do CPP, ainda não há, especialmente nos tribunais superiores, jurisprudência relevante formada sobre a descumprimento do procedimento estabelecido em

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 BADARÓ, 2017, p. 532.

10 DALLAGNOL e CÂMARA, 2019, p. 544.

lei. Cumpre mencionar, no entanto, que, antes da edição da Lei 13.964/19, o STJ possuía precedentes no sentido de que *"o fato do objeto periciável estar acondicionado em delegacia de Polícia e não no instituto de criminalística não leva à imprestabilidade da prova"* (HC 462.087, j. 17/10/2019) e que *"a ausência de lacre em todos os documentos e bens – que ocorreu em razão da grande quantidade de material apreendido – não torna automaticamente ilegítima a prova obtida a partir da medida"* (RHC 59.414, j. 27/06/2017)[11]. Ambos os julgados utilizaram como um dos fundamentos o princípio de que somente se declara nulidade em caso de prejuízo à parte (art. 563 do CPP). O segundo ressaltou, ainda, a presunção de validade dos atos praticados por funcionários públicos.

Na doutrina, por sua vez, antes da edição da Lei nº 13.964/19, Geraldo Prado foi um dos primeiros autores a escrever sobre a cadeia de custódia[12]. No entanto, a caracterização da quebra da cadeia de custódia não foi objeto de análise detida.

Após a regulamentação legal, outros autores trataram da questão: encontra-se posição, por exemplo, no sentido de que a violação da cadeia de custódia ocorre quando a documentação das pessoas que tiveram contato com a prova não foi registrada integralmente[13] ou quando há o descumprimento de qualquer das regras legalmente previstas[14].

Diante de tantas divergências, resta clara a dificuldade de se falar em *quebra* da cadeia de custódia. Ainda que se admitisse a possibilidade de *quebra,* haveria indefinição acerca do momento em que ela se daria. Tais dificuldades influenciam, também, o debate sobre as *consequências* de descumprimentos de regras da cadeia de custódia, como se passa a ver.

4. Consequências da quebra

De acordo com uma primeira posição, a quebra da cadeia de custódia

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

11 Após a Lei nº 13.964/19, as obrigações abordadas nos precedentes colacionados – manter central de custódia e lacrar os vestígios apreendidos – estão previstas, respectivamente, nos arts. 158-E e 158-D, § 1º, do CPP.

12 Trata-se do livro "Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos" (Marcial Pons, 2014). Como o próprio autor narra em sua monografia mais recente sobre o tema, a obra pioneira foi escrita com base em parecer de sua lavra, a pedido dos advogados Fernando Fernandes e André Hespanhol, para instruir o Habeas Corpus nº 160.662, julgado pela 6ª Turma do STJ, em 18/02/2014 (PRADO, 2019, p. 11). Todavia, concordamos com BADARÓ (2017, p. 529/532), quando afirma que o caso julgado, em verdade, não versou sobre cadeia de custódia.

13 BADARÓ, 2020, RB-10.36.

14 DEZEM, 2020, RB-3.12.

gera nulidade. Há entendimento no sentido de que, nesse caso, sempre caberia à acusação provar que não houve prejuízo à defesa[15]. Por outro lado, como visto, há precedentes do STJ sobre o tema fundados no art. 563 do CPP, exigindo prova do prejuízo à parte para declarar a nulidade (*pas de nullité sans grief*).

Outros sustentam que se trata de um problema de valoração da prova. Ou seja, se a cadeia de custódia tiver sido vulnerada, o juízo deve valorar todos os elementos existentes a fim de aferir se a prova é confiável[16].

Por fim, parte relevante da doutrina afirma que a violação da cadeia de custódia implica a inadmissibilidade da prova. Geraldo Prado, precursor desta corrente, realiza esforço argumentativo para sustentar que, embora a ausência de fiabilidade probatória não se confunda com a obtenção de prova por meio ilícito[17], inviabiliza o direito ao contraditório, atraindo as regras de exclusão da prova ilícita[18]. Inclusive, as provas derivadas daquela cuja cadeia de custódia foi violada também deveriam ser desentranhadas, suscitando o que chamou de "imputação objetiva da ilicitude probatória"[19].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

15 É a posição defendida por Guilherme Dezem: "Então, como criar critérios adequados para a solução da arguição de nulidade decorrente da não observância das regras previstas nestes dispositivos dos artigos 158-A a 158-F? Variadas posições devem surgir aqui. Primeira posição deve vir no sentido de que vai depender do tipo de violação ocorrida. Assim, a depender da violação e de suas consequências, teremos hipóteses de mera irregularidade, nulidade relativa ou até mesmo nulidade absoluta. Segunda posição deve vir no sentido de que sempre haverá nulidade. Dado o sistema traçado pelo Código de Processo Penal, a não observância dessas regras não pode ser admitida. Assim, haverá nulidade pela não observância das regras sobre cadeia de custódia. No entanto, poderá o Estado por seu órgão acusador comprovar que não houve prejuízo, e aí afastar a nulidade. Dessa forma, temos que a não observância das regras sobre cadeia de custódia é causa de nulidade e caberá o ônus da prova para a acusação de comprovar que não houve prejuízo na não observância dessas regras. É a posição que seguimos" (DEZEM, 2020, RB-3.12).

16 A título de exemplo, confira-se: "(...) as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço argumentativo, no momento da valoração (...) se considerar atendível um meio de prova, decorrente de fonte sobre a qual haja irregularidades na cadeia de custódia, haverá uma inegável necessidade de reforço justificativo demonstrando o porquê ser possível confiar na autenticidade e integridade de tal fonte" (BADARÓ, 2017, pp. 535/536). Em sentido semelhante, cf. DALLAGNOL e CÂMARA, 2019, pp. 552/554.

17 PRADO, 2019, p. 87.

18 Nas palavras do autor: "Enquanto o direito brasileiro não dispõe de regra específica sobre a cadeia de custódia das provas a consequência de sua violação há de ser retirada da constatação de que o contraditório, como condição de validade constitucional do ato processual, igualmente foi violado, tornando ilícita a prova remanescente" (PRADO, 2019, p. 128).

19 PRADO, 2019, p. 128/130. A opinião é replicada por outros autores: "A preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da 'conexão de antijuridicidade da prova ilícita', consagrada no artigo 5º, inciso LVI da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita. (...) Questão final é: qual a consequência da quebra da cadeia de custódia (break on

Entre as posições narradas, parece-nos correta aquela que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável.

Em relação à corrente que sustenta a inadmissibilidade da prova, cumpre ressaltar que as regras de exclusão se aplicam a provas *obtidas* com violação à lei, nos termos do art. 157, do CPP, e do art. 5º, LVI, da Constituição, não se aplicando a eventuais violações ocorridas em momentos posteriores. Aliás, quando se trata de norma *processual* – como é o caso da cadeia de custódia – mesmo quando a sua violação ocorre no momento da obtenção da prova, há quem entenda que isto eventualmente acarretaria nulidade, mas não ilicitude da prova[20].

Ademais, esta corrente parte do pressuposto que a quebra da cadeia de custódia inviabiliza o direito ao contraditório, pois a defesa perderia os meios de questionar a identidade e integridade da prova. Ocorre que, como visto, os procedimentos legais de preservação da prova visam a conferi-la a maior autenticidade e integridade possível, não sendo suficientes, todavia, para eliminar completamente o risco de manipulação – especialmente antes de o vestígio ser apreendido pelo Estado. Ou seja, nunca será possível ter certeza da preservação absoluta do vestígio, ainda que os protocolos legais tenham sido observados integralmente.

Outro argumento utilizado por esta corrente é a necessidade de controle epistêmico da prova, especialmente a científica. Em outras palavras, tendo em vista o alto poder de convencimento desse tipo de prova – somado a uma suposta *mentalidade inquisitorial* da maior parte dos magistrados pátrios[21] – seria preciso impedir o seu ingresso no processo (tal como se ilícita fosse) quando a sua autenticidade e/ou integridade não for confiável, a fim de que não influencie o julgamento, evitando-se condenações injustas[22].

Sobre isso, cumpre registrar que o STF suspendeu liminarmente a eficá-

---

the chain of custody)? Sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada” (LOPES JR. e MORAIS DA ROSA, 2015). E, ainda: “(...) na eventualidade de haver algum tipo de quebra da cadeia de custódia das provas, há de se reconhecer a inadmissibilidade dessa evidência como prova, assim como das demais provas delas decorrentes (CPP, art. 157, § 1º)” (LIMA, 2020, p. 626). Ressalte-se que, no já mencionado caso pioneiro julgado pelo STJ (Habeas Corpus nº 160.662), a Corte determinou a exclusão de todas as provas derivadas da prova cuja cadeia de custódia supostamente não fora observada, aplicando o regime das provas ilícitas por derivação.

20 É a posição, por exemplo, de Ada Pellegrini Grinover, conforme narrado por LIMA (2020, p. 687).

21 MATIDA, 2020, p. 8.

22 PRADO, 2019, pp. 88/89.

cia do § 5º, do art. 157, do CPP (a denominada “descontaminação do julgado”), por entender que fere o princípio do juiz natural (ADI 6299, Rel. Min. Fux, j. 22/01/2020). Ou seja, mesmo quando se trata de desentranhamento de prova ilícita, propriamente dita, não se deve afastar do julgamento da causa o magistrado que dela tomou conhecimento. *A fortiori,* quando se trata de prova licitamente obtida, cabe ao juiz condutor do processo analisar as eventuais falhas na respectiva preservação.

Ainda, os principais defensores deste entendimento afirmam que a inadmissibilidade da prova deve se dar na etapa processual de admissibilidade da peça acusatória[23].

Ocorre que isto impediria dilação probatória sobre a cadeia de custódia. Ou seja, a inadmissibilidade prematura da prova restringiria indevidamente a liberdade probatória que rege o processo penal. Entendemos que isto subtrairia do magistrado o poder-dever de julgar, diante de todos os elementos produzidos, a confiabilidade da prova.

Por fim, outra razão suscitada por quem defende a inadmissibilidade da prova é que isto teria um “efeito dissuasório” (*“deterrent effect”*), pedagógico, nos órgãos de investigação[24], promovendo neles um necessário *giro comportamental*[25].

No entanto, cumpre ressaltar que muitas regras previstas exigem vultosos recursos – humanos e financeiros – para o seu integral cumprimento. Basta imaginar, por exemplo, o impacto que a instalação das centrais de custódia (art. 158-E do CPP) terá no orçamento dos Estados. Ou seja, nem sempre está no poder dos órgãos de investigação a observância estrita de todas as obrigações legais.

Além disso, é importante que fique claro: quando falamos de cadeia de custódia, pressupõe-se que a prova foi obtida de forma *lícita* pelos órgãos de investigação, não ocorrendo nenhuma violação a direito material do investigado.

Nessa esteira, como é óbvio, as regras relativas à cadeia de custódia são instrumentais, ou seja, visam a resguardar a autenticidade/integridade da prova. O respectivo descumprimento gera prejuízo à própria acusação, que deverá, para tentar atribuir valor à prova, suprir as irregularidades através de outros elementos.

Por fim, some-se a estes argumentos a presunção de legitimidade de que gozam os atos estatais – inclusive dos agentes públicos encarregados da

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 MATIDA, 2020, p. 8.

24 PRADO, 2019, p. 130.

25 MATIDA, 2020, p. 8.

investigação.

Por estas razões, entendemos que não prospera a tese que prega a inadmissibilidade da prova em caso de violação da cadeia de custódia.

A fortiori, é absurdo pensar em inadmissibilidade das provas derivadas daquela cuja cadeia de custódia é questionada. Aliás, o fato de outras provas serem descobertas caracteriza mesmo prova da fiabilidade da primeira prova.

Exemplificando, suponhamos que, em uma investigação de crime de homicídio, fosse *legalmente* apreendido um *smartphone*; que, porém, o seu acondicionamento não tivesse respeitado o rito previsto no CPP (art. 158-B, V); que se verificasse, durante a perícia, mensagem de um dos suspeitos, indicando o local onde ocultou a arma de fogo utilizada para a prática do crime; que, então, investigadores fossem ao local e apreendessem a arma.

Ora, se a arma foi encontrada, de fato, no local em que a mensagem indicava, isto apenas reforça a fiabilidade daquela mensagem constante do telefone. Assim, ainda que se entenda que a mensagem não possa ser usada, por não ter sido o telefone devidamente acondicionado – com o que não concordamos – simplesmente não há motivo para se declarar a inadmissibilidade da apreensão da arma de fogo.

Também rechaçamos a tese da nulidade da prova cuja cadeia de custódia foi vulnerada. Aliás, o regime das nulidades incide sobre atos processuais[26], ao passo que a maior parte dos procedimentos relativos à cadeia de custódia é pré-processual.

Nem mesmo em caso de inobservância de formalidades na perícia, em si, cabe falar em nulidade. É que, embora este ato possa tomar lugar no decorrer do processo, o CPP prevê solução específica.

Com efeito, o art. 181 do CPP[27] prevê a possibilidade de o juiz determinar ao perito que esclareça dúvidas, em caso, por exemplo, de omissão de formalidades. Também as partes podem requerer esclarecimentos, nos termos do art. 159, § 5º, I. Com base na resposta, cabe ao magistrado atribuir à prova o valor que entender devido.

Ora, se a inobservância de formalidades por parte dos peritos pode ser suprida posteriormente, por que em relação às formalidades a cargo dos órgãos responsáveis pela custódia anterior à chegada da prova no setor de perícia não o poderia ser? Embora em um primeiro momento os dispositivos mencionados digam respeito ao ato pericial propriamente dito, nada impede que sejam aplicados às regras relativas à preservação do vestígio, que inclusive se

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

26 LIMA, 2020, p. 175.

27 “Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo.”

encontram no mesmo capítulo do CPP.

Entendemos, portanto, que a solução para a inobservância do novel regramento da cadeia de custódia é a mesma, cabendo ao magistrado, diante dos esclarecimentos prestados pelos agentes que participaram das respectivas etapas, decidir se a prova é, ou não, confiável.

Antes de concluirmos, tendo em vista a recenticidade do debate sobre a cadeia de custódia no direito pátrio, é pertinente analisarmos a experiência de alguns países onde o instituto é previsto há mais tempo[28].

A título de exemplo, o Tribunal Supremo espanhol possui reiterada jurisprudência no sentido, *v.g.,* de (i) afirmar que meras irregularidades na cadeia de custódia não implicam nulidade e não afetam a validade da prova; e (ii) permitir que as partes esclareçam pontos duvidosos e produzam elementos sobre a cadeia de custódia, no decorrer da instrução probatória[29]. A propósito, este último entendimento vai ao encontro da interpretação que ora propomos, no sentido de que se apliquem os arts. 181 e 159, § 5º, I, do CPP, a todas as fases da cadeia de custódia, e não só à perícia, propriamente dita.

A Corte Suprema colombiana, por sua vez, também rejeita a inadmissibilidade da prova por força de violação na cadeia de custódia, afirmando que *"em caso de quebra da cadeia de custódia, o magistrado deve atribuir valor reduzido às provas colhidas, mas nunca a declaração de sua ilegalidade ou ilicitude com base na regra de exclusão"* (Resolução nº 49.996, Sala de Cassação Penal, Relator: José Francisco Acuña Vizcaya, j. 12/12/2019 – tradução nossa)[30].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

28 Espanha, Colômbia e EUA são mencionados por PRADO (2019, p. 19) como exemplos de países que possuem regulamentação da cadeia de custódia.

29 A título de ilustração, confira-se: "(...) a cadeia de custódia não é uma espécie de liturgia formalizada em que qualquer falha levaria à perda de toda eficácia probatória. (...) A cadeia de custódia não é um fim em si, mas tem um valor instrumental; a única coisa que ela garante é a incolumidade dos vestígios, desde o momento em que são coletados até que sejam analisados, o que, em caso de ruptura, pode afetar a credibilidade da análise, mas não a sua validade (...). A mera irregularidade nos protocolos estabelecidos como garantia para a cadeia de custódia não equivale à nulidade da prova. (...) para examinar adequadamente se houve violação relevante da cadeia de custódia não é suficiente a alegação genérica da questão, sendo necessário que a parte que a questiona especifique em que momentos, por que ações ou em que medida a quebra ocorreu. (...) por meio dos depoimentos de policiais ou peritos, que preservaram e examinaram os vestígios, podem ser esclarecidas em juízo as questões polêmicas que as partes, ao formular as questões, têm sobre a conservação ou quebra da cadeia de custódia" (Sentença nº 1678, Sala Segunda, Relator: Antonio del Moral Garcia, j. 11/06/2020 – tradução nossa).

30 Em sentido semelhante: "O princípio da liberdade probatória que rege nosso sistema de procedimentos criminais significa que os fatos e circunstâncias de interesse para a solução correta do caso podem ser comprovados por qualquer meio probatório, desde que os direitos humanos não sejam violados, conforme consagrado no artigo 373 da Lei 906 de 2004. (...) Agora, de acordo com o princípio da mesmidade, a prova que é exibida no decorrer do julgamento deve ser a mesma que foi coletada na cena do crime ou em outro lugar, no decorrer das investigações. Nesse claro caráter teleológico de pre-

Aliás, o Código de Processo Penal colombiano prevê que a inobservância das regras da cadeia de custódia implica a necessidade de que ela seja comprovada por outros meios[31]. Ou seja, o cumprimento do regime legal estabelece presunção de autenticidade da prova, porém o descumprimento não impede que ela seja demonstrada de outras formas.

Nos EUA, o tema da cadeia de custódia remonta a meados do século XX, e seu regime é mais complexo – tendo em vista especialmente as diferentes legislações existentes – merecendo análise em sede própria. Cumpre registrar, todavia, que a Suprema Corte já decidiu que *"lacunas na cadeia de custódia normalmente são consideradas para o valor da prova, e não para sua admissibilidade"*[32].

Como visto supra, lá a cadeia de custódia somente tem lugar quando uma prova não é prontamente identificável, ou quando é questionada sua integridade (e não somente sua autenticidade)[33].

Neste caso, a parte apresenta provas – normalmente testemunhas, que podem consultar eventuais documentos relativos ao caso[34] – e o magistrado delibera sobre a manutenção, ou não, da prova nos autos, utilizando como *standard* probatório um juízo de preponderância da evidência (probabilidade

---

servar as características que a identificam, a cadeia de custódia é destinada a garantir que as evidências físicas não sejam alteradas, modificadas ou falsificadas. (...) É instituída como um mecanismo de autenticação para os elementos probatórios ou evidências físicas, mas não é o único, portanto, o descumprimento dos protocolos da cadeia de custódia não afeta a legalidade desses, mas, em certos casos, sua autenticidade. (...) Essa distinção é importante, pois, se as condições de legalidade da evidência não forem atendidas, isso resultará na regra de exclusão, ou seja, sua separação do arcabouço probatório, mas se o que não for observado forem as etapas ou procedimentos da cadeia de custódia, isso pode afetar a capacidade probatória do meio" (Resolução nº 48.288, Sala de Cassação Penal, Relator: Eugenio Fernández Carlier, j. 18/06/2019 – tradução nossa). Cf., ainda, a Resolução nº 49.156, Sala de Cassação Penal, Relator: Eyder Patiño Cabrera, j. 12/12/2019.

31 "Art. 277. A demostração da autenticidade dos elementos materiais probatórios e evidência física não submetidos a cadeia de custódia estará a cargo da parte que os apresente" (tradução nossa).

32 U.S. v. Melendez-Diaz, 2009. Também na doutrina americana se encontra este entendimento: "Para satisfazer o ônus da prova, a acusação não precisa eliminar todas as possibilidades de substituição, alteração ou adulteração. A 'mera possibilidade de rompimento da corrente não torna a prova física inadmissível, mas levanta a questão do peso a ser conferido pelo júri'" (GIANNELLI, 1996, p. 460 – tradução nossa).

33 GIANNELLI, 1996, p. 451. Não concordamos, portanto, com Geraldo Prado, quando afirma que: "No direito norte-americano, com maior experiência em práticas processuais orientadas à redução da complexidade em relação à concreta garantia da proibição da prova ilícita, constitui obrigação da acusação estabelecer a cadeia de custódia de provas, identificando-se os elos entre as diversas atividades que compõem o procedimento probatório para aferir o valor probatório da informação obtida" (PRADO, 2019, p. 102).

34 GIANNELLI, 1996, p. 462.

razoável)[35], menos rigoroso do que o demandado normalmente para condenações criminais, a saber, "para além de uma dúvida razoável"[36].

Registre-se ainda que, para alcançar tal *standard*, a acusação pode se valer da presunção de regularidade de atos governamentais[37], de forma semelhante ao entendimento consignado pelo STJ no julgamento do RHC nº 59.414, acima mencionado.

A inadmissibilidade excepcional da prova, em caso de séria dúvida fundada sobre a sua fiabilidade, se dá pelo fato de que, nos EUA, em regra, o caso é julgado por um júri formado por leigos, exercendo o magistrado togado um papel de filtro das provas que entende relevantes para o julgamento do caso.

Por outro lado, em países em que as ações penais são quase sempre decididas por juízes togados, como o Brasil, não faz sentido se excluir a prova, se o próprio magistrado dará à prova o valor que entende ter, de acordo com a sua confiabilidade[38].

Portanto, tendo em vista as diversas nuances apresentadas, não é adequado afirmar genericamente que nos EUA a acusação sempre deve comprovar a cadeia de custódia, e que sua quebra implica a exclusão da prova.

5. Conclusão

A superação do dogma da verdade real no processo penal implicou o reconhecimento de que a busca pela verdade pode eventualmente ceder lugar a valores constitucionalmente consagrados. Por exemplo, a proibição das provas ilícitas evidencia a superação da premissa que os fins justificam os meios, quando se trata da forma de obtenção da prova[39].

Nessa esteira, a fiabilidade da prova é, sem dúvida, um valor que deve ser perseguido por todos os atores do sistema de justiça criminal. Com efeito, é tanto de interesse do investigado como do Estado que as provas sejam as mais confiáveis possíveis, a fim de evitar condenações e absolvições injustas.

Todavia, entendemos que a exclusão prematura – no momento do oferecimento da peça acusatória, como pretendem alguns – da prova cuja cadeia de custódia não restou integralmente comprovada impede injustificadamente que no decorrer da instrução processual seja demonstrada a sua confiabilida-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

35 US v. Huddleston, 1998, Suprema Corte; e US v. Johnson, 2012, 8º Circuito Federal de Apelações. Cf., ainda, GIANNELLI, 1996, p. 458.

36 DALLAGNOL e CÂMARA, 2019, pp. 535.

37 Cf. US v. Tatum, 2008, 7º Circuito Federal de Apelações; e GIANNELLI, 1996, pp. 461/462.

38 DALLAGNOL e CÂMARA, 2019, p. 534.

39 BADARÓ, 2020, RB-10.2.

de, desprestigiando-se o valor que se quer promover.

Ao contrário, parece-nos que a maior fiabilidade probatória é alcançada exatamente pelo incentivo à produção de (meta)provas cada vez melhores. Ainda que se entenda que o procedimento previsto pelo CPP é adequado para alcançar tal objetivo, certamente não é o único, havendo diversos outros meios – quiçá mais eficazes e econômicos – para sustentar a fiabilidade da prova.

O avanço tecnológico pode e deve ser utilizado para obter provas cada vez mais fidedignas. Hoje temos provas mais fiáveis do que ontem, e menos fiáveis do que amanhã. Nem por isso antes da existência dos procedimentos hoje previstos para preservar as provas periciais elas deixavam de ser apreciadas. Da mesma forma, certamente no futuro questionaremos os métodos hoje legalmente previstos, pois não eliminam completamente a possibilidade de adulteração das provas – e nem poderiam.

De resto, exigir-se prova cabal da cadeia de custódia ensejaria regresso ao infinito, pois os mesmos problemas de fiabilidade incidem sobre as respectivas (meta)provas[40].

Como se viu, há graves divergências no tratamento da cadeia de custódia, especialmente sobre o que caracteriza sua quebra e as consequências dela decorrentes, pairando certa insegurança jurídica sobre o tema. A fim de superá-la, importa analisar criticamente os parâmetros existentes na jurisprudência – inclusive de outros países – bem como aqueles apontados pela incipiente doutrina especializada.

De nossa parte, conquanto parte dos autores entenda que o legislador pecou ao deixar de prever as consequências da violação da cadeia de custódia, entendemos que o CPP fornece resposta adequada, ao permitir que o juiz e as partes solicitem esclarecimentos sobre a realização da perícia, caso em que o magistrado decidirá se a prova é confiável o bastante para ser valorada.

6. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org). Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, pp. 517-538.

______. Processo penal [livro eletrônico] / Gustavo Henrique Badaró. -- 6. ed.

40 Em outras palavras: "Se partirmos da premissa que a simples prova não é suficiente, mas é necessária uma prova sobre a prova (metaprova), nada há que justifique, do mesmo modo, a aceitabilidade da metaprova em si, porque ela não deixa de ser uma prova" (DALLAGNOL e CÂMARA, 2019, p. 545).

-- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; e CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 529-566.

DEZEM, Guilherme Madeira; e SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao pacote anticrime - Lei 13.964/2019 [livro eletrônico]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs). Doutrinas Essenciais - Processo Penal. v. 3. São Paulo: RT, 2012, cap. 1, artigo nº 21 [livro eletrônico].

GIANNELLI, Paul C., Chain of Custody. Case Western Reserve University. Faculty Publications, 345, 1996, pp. 447-465.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 7ª Ed., Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury; e MORAIS DA ROSA, Alexandre. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Publicado no site Consultor Jurídico, em 16/01/2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em 28/08/2020.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. Boletim IBCcrim nº 331- Especial Lei Anticrime. Junho de 2020, pp. 6-9.

PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 1ª ed., Marcial Pons. São Paulo, 2019.

O USO LETAL DA FORÇA POR AGENTES PÚBLICOS NA LEI 13.964/19 À LUZ DOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Carlos Gustavo Coelho de Andrade[1]

SUMÁRIO

RESUMO

Analisam-se as inovações penais e processuais penais inseridas pela Lei 13.964/19 ("Pacote Anticrime") quanto ao controle do uso da força letal por agentes de segurança pública. Perquirem-se o conteúdo e limites das alterações na legítima defesa (novo parágrafo único do art. 25 do CP) e do dever de intimação do agente de segurança pública investigado por ato decorrente da função (art. 14-A do CPP e art. 16-A do CPP). Adota-se a perspectiva dos deveres estatais de proteção, da vedação de proteção deficiente e do reconhecimento de mandados implícitos de criminalização das violações de direitos humanos, tanto pela normativa constitucional quanto pela internacional, analisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVES: Mandados. Criminalização. Força. Letal. Lei 13.964/19.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestre em Direito Penal pela UERJ; Promotor de Justiça (MPRJ); Titular da Promotoria de Justiça junto à 3ª Vara Criminal de Niterói/RJ.

1. Introdução

O presente artigo indaga acerca das alterações promovidas pela Lei 13.964/19 no que tange ao controle do uso da força letal por agentes de segurança pública e militares em operações de garantia da lei e ordem, diante de modificações realizadas no Código Penal, Código de Processo Penal e Código de Processo Penal Militar pelo denominado 'Pacote Anticrime', à luz dos mandados implícitos de criminalização oriundos do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2. Das modificações penais e processuais trazidas pela Lei 13.964/19 sobre o uso da força letal

A lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, promoveu mudanças na legislação penal e processual penal (comum e militar), acerca do uso da força letal por agentes de segurança pública. No Código Penal, inclui um parágrafo único ao art. 25, que define a legítima defesa, deixando a normativa nos seguintes termos:

> Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.
>
> Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes."

No âmbito processual penal comum, inseriu o art. 14-A no CPP, com a seguinte redação:

> "Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7

de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem."

Norma semelhante foi incluída na legislação processual penal militar, conforme novo art. 16-A do CPPM:

"Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas

> nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.
>
> § 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.
>
> § 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.
>
> § 3º (VETADO).
>
> § 4º (VETADO).
>
> § 5º (VETADO).
>
> § 6º As disposições constantes deste artigo aplicam-se aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem."

Buscar-se-á refletir sobre o real alcance e conteúdo destes dispositivos, analisando-os sob o prisma das normas constitucionais e supralegais decorrentes de convenções de direitos humanos, trazendo mandados implícitos de criminalização e obrigações positivas em matéria penal no que tange ao controle do uso da força letal por agentes do Estado.

3. Mandados implícitos de criminalização e restrições constitucionais e internacionais ao uso da força letal por agentes públicos

A partir da superação do paradigma do Estado Liberal de Direito pelo neoconstitucionalismo e pelos afluxos provenientes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, vem se consolidando na doutrina e na jurisprudência o entendimento pelo qual o Estado dispõe de deveres constitucionais de proteção dos direitos fundamentais reconhecidos no plano constitucional e internacional. Assim, impõe-se ao Estado o papel de guardião dos direitos humanos, devendo velar por sua observância e pela efetividade da norma convencional ou constitucional protetiva de direitos humanos.[2]

Assim, as normativas constitucional e convencional de direitos humanos, entrelaçando-se para formar um lastro de interconstitucionalidade para defesa dos direitos fundamentais[3], proíbem que qualquer órgão ou poder do Estado tolere, cooneste ou autorize como lícita conduta que encerre violação de direitos humanos, como aquelas decorrentes de *abuso* da força letal por agentes públicos e hipóteses de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias. Ademais, diante de *notícia* de violações de direitos humanos decorrentes da ação ou omissão de agentes públicos, passa a ter o Estado o dever, de fundo constitucional e internacional, de implementar um quadro normativo, administrativo e fático que assegure mecanismos eficientes para a investigação, persecução e processamento destas violações.[4]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013; DONELLY, Jack. Universal Human Rights in theory and practice. 3rd. Edition. Ithaca/London: Cornell University Press, 2013; MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14.ed. rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013; RAMOS. André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2.ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

3 AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011; ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. In: Comentário da Convenção Americana dos Direitos Humanos. NORONHA, João Otávio de; ALQUERQUE, Paulo Pinto de (orgs.), Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2020 (no prelo); FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

4 ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

No âmbito constitucional, por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o princípio da proporcionalidade impõe não apenas a vedação do excesso mas também a proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais, inclusive pelo meio penal. As duas vertentes do princípio da proporcionalidade são ainda mais conectadas na hipótese do controle sobre o uso da força letal pelo Estado: se é proibido o excesso abusivo, caso este seja praticado faz-se necessária uma resposta penal concreta e minimamente proporcional, sob pena de tolerância com o abuso e com as violações de direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu um dever de proteção, inclusive penal, para a tutela de bens jurídicos relacionados a direitos fundamentais, vedada a proteção penal deficiente, em diversos julgados[5], como no reconhecimento da constitucionalidade da criminalização do porte de arma de fogo desmuniciada (HC 104.410-RS), julgamento da ADI 3.096 (relativamente a benefícios despenalizadores concedidos a autores de crimes praticados contra idosos), da ADI 4.424 e ADC19, relativa à constitucionalidade da vedação de benefícios despenalizadores em crimes praticados no âmbito da violência doméstica contra a mulher, na ADI 5.874-MC, relativa a proteção penal deficiente decorrente de leniência excessiva de decreto de indulto (Decreto nº9.246/2017), na ADO 26, relativo à criminalização da homofobia, no HC 123.971, relativo à constitucionalidade do delito do art. 305 do CTB, dentre tantos outros. Como aduziu o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da ADI 3.112, relativo ao Estatuto do Desarmamento:

> É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo "catálogo" de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.
>
> Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.
>
> Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma

---

5 Para detalhes destes e outros julgados, v. ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbot), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discrição legislativa, tendo em visto desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) impõe ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (...)

> Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como ultima ratio, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade. (...)
>
> A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes): a proibição de excesso (Übermassverbot) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como limite mínimo da intervenção legislativa penal. Abre-se, com isso, a possibilidade de controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

De forma semelhante, arrematou o Min. Luiz Fux, no julgamento da ADI 4.424 e da ADC 19 (sobre a Lei Maria da Penha):

> "Como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores" (...)
>
> "A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente *(Untermassverbot)*".

Por outro lado, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido o caráter supralegal das convenções de direitos humanos (RE 466.343), constata-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), tal qual interpretada pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição

o país voluntariamente se submeteu, tem força normativa superior àquela que dimana da legislação infraconstitucional, podendo e devendo a normativa interamericana ser aplicada diretamente pelos juízes locais, bem como inspirar a interpretação da lei interna.[6]

Ademais, a submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte IDH, além do dever de cumprir as decisões proferidas em seu desfavor (art. 68.1 da CADH), recomenda que se passe a observá-la mesmo nos julgados envolvendo outros Estados, valendo suas decisões (tanto na parte dispositiva quanto na fundamentação) como *res interpretata* acerca da norma convencional. Assim, urge-se sua observância, mesmo pelos Estados não envolvidos no processo, desde que não haja regra interna mais benéfica à proteção dos direitos humanos.[7] Há um dever, pois, de *controle de convencionalidade* acerca da compatibilidade das decisões judiciais, leis e políticas públicas com a CADH, à luz da jurisprudência interamericana.[8]

No âmbito das violações de direitos humanos, aí incluídos os excessos no uso da força letal por agentes estatais, a partir do direito à proteção judicial e recurso efetivo (art. 25 da CADH), do devido processo legal (art. 8.1 da CADH) e do dever de os Estados garantirem o livre e pleno exercício dos direitos convencionais (art. 1.1, da CADH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) consolidou firme jurisprudência reconhecendo a existência obrigações positivas dos Estados em matéria penal, ou mandados implícitos de criminalização.[9]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

7 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs Uruguay). In: Estudios Constitucionales, Año 11, Nº2, 2013, p. 641-651; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14.ed. rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156-157; RAMOS. André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2.ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 260-261.

8 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Controle constitucional da convencionalidade das leis. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 35-44.

9 ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Mandados implícitos de criminaliza-

Dessa maneira, têm os Estados signatários, por todos os seus órgãos, o dever de realizar diligente investigação, persecução e processamento penal de violações de direitos humanos e, em sendo o caso, de impor sanção proporcional aos responsáveis. Passa-se a sindicar a presteza e eficiência das medidas concretamente adotadas pelas autoridades estatais para o adequado exercício do *jus puniendi* e a amplitude de direitos assegurados às vítimas e seus familiares durante a investigação e processo, de modo a verificar se lhes foi concedido recurso efetivo para a tutela dos direitos humanos violados.

Desde sua primeira sentença de mérito, em Velásquez-Rodríguez v. Honduras, em 1988, a Corte IDH reconheceu na CADH a existência de um dever de investigar e processar aqueles que tenham violado direitos humanos. [10] Em Chumbipuma Aguirre v. Peru (Barrios Altos), a Corte consignou serem inadmissíveis as disposições de autoanistia, prescrição e excludentes de responsabilidade para responsáveis por execuções sumárias, torturas e desaparecimentos forçados, em hipótese de chacina praticada por um *esquadrão da morte*, com suspeita de participação de agentes públicos.

Posteriormente, em Villagrán Morales (Niños de la Calle) v. Guatemala a Corte IDH condenou aquele país porque não teria agido de forma eficiente para promover a persecução e processo penal em face dos responsáveis por tortura e chacina de adolescentes em situação de rua, considerando inadequadas as autópsias, perícias de local, a falta de oitiva de testemunhas referidas e a forma de valoração da prova no processo penal, tendo determinado a reabertura das investigações.

Em Garibaldi v. Brasil, a Corte Interamericana considerou que a falta de diligente investigação e persecução de homicídio de trabalhador sem-terra praticado por homens encapuzados que expulsavam famílias acampadas em imóvel rural violava a CADH e que tão-só a demora no desenvolvimento do inquérito policial violava o direito *dos familiares da vítima* a obter resposta ju-

---

ção: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 245-250; RAMOS. André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 62, 2006, p.9-55, set-out/2006.

10 Para detalhes sobre estes e outros casos da Corte IDH e TEDH, vide ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 160-268.

dicial face ao homicídio, considerando irrazoável e violador da CADH o decurso de cinco anos sem a identificação e início de persecução dos responsáveis.

No caso Favela Nova Brasília v. Brasil, a falta de investigação e persecução penal tempestiva e eficiente de homicídios e abusos sexuais atribuídos a policiais militares fluminenses resultou em nova condenação do país, determinando a Corte IDH que o Estado agisse para identificar, processar e julgar os responsáveis pelos fatos "com a devida diligência e em prazo razoável", assegurando pleno acesso e capacidade de agir aos familiares das vítimas, bem como a proteção de testemunhas, peritos e agentes encarregados da investigação e persecução. Estabeleceu-se, ainda, que as mortes decorrentes de intervenção policial deveriam ser apuradas por órgão distinto daquele envolvido no incidente.

Também a Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem firme jurisprudência reconhecendo a existência de obrigações positivas em matéria penal pelos Estados, inclusive no que tange à investigação, persecução e sanção penal de abusos no uso da força letal por agentes estatais.

Nos casos Osman v. Reino Unido, Mahmut Kaya v. Turquia e Kurt v. Turquia, o TEDH assentou que a Convenção Europeia de Direitos Humanos exigia investigação eficiente de possíveis execuções extrajudiciais ou arbitrárias, de esquadrões da morte e desaparecimento forçado, considerando tais fatos, assim como a tortura, como incompatíveis com a incidência de prescrição e com a concessão de graça ou anistia.

O TEDH considera, outrossim, que o *âmbito de licitude do uso da força por agentes públicos é restringido pela necessidade de proteção dos direitos humanos*, tendo decidido em Makaratizis v. Grécia e Nachova v. Bulgária que as causas de justificação do estrito cumprimento do dever legal e da legítima defesa não poderiam desconsiderar a exigência de proporcionalidade e moderação, o que deveria ser objeto de apuração exauriente. Nestes casos, a Corte considerou violada a Convenção Europeia diante da excessiva discricionariedade outorgada pela lei às autoridades na avaliação do uso da força letal e por aplicarem uma causa de justificação *excessivamente ampla* no que tange ao uso legítimo de armas por policiais.

Enfim, tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a Europeia tem firme jurisprudência exigindo adequada investigação, persecução e processamento de violações a direitos e valores protegidos nas respectivas Convenções. Tais mandados de criminalização, fundados na proteção internacional dos direitos humanos, impõem limites não só a anistias, indultos, clemências e à incidência da prescrição como também à amplitude de causas justificantes (como a legítima defesa e o cumprimento de dever legal) e exculpantes (obediência hierárquica), no que tange a execuções sumárias, chacinas, tortura e possíveis violações de direitos humanos decorrentes do abuso da

força letal por agentes do Estado.

Percebe-se, pois, que assim como a norma constitucional, a norma convencional de proteção dos direitos humanos também impõe deveres de proteção à vida e à integridade física que exigem a estrita proporcionalidade no uso da força letal pelo Estado e demandam uma efetiva, adequada e célere apuração de eventuais abusos e persecução de seus responsáveis. Verifica-se, pois, que a norma constitucional e a internacional dos direitos humanos impedem a licitude ou descriminalização de graves atentados contra direitos fundamentais e limitam a incidência de causas de exclusão da ilicitude vagas ou excessivamente amplas nestes casos.

Dessa forma, não seria constitucional - nem de conformidade com o DIDH - lei que considerasse lícito o homicídio de *pessoa desarmada* fugindo de perseguição policial, ou a tortura de pessoa detida para fins de apuração criminal, ou que, por exemplo, agente público repelisse de forma manifestamente *imoderada* e sem prévio aviso, risco de lesões leves a terceiro por agente desarmado.

Assim, o uso da força letal por parte de agentes de segurança pública tem seu âmbito de licitude restringido pela normativa constitucional e internacional dos direitos humanos. A discricionariedade legislativa tampouco se faz absoluta no que tange às normas processuais e mecanismos relativos à investigação, persecução, processamento e julgamento destes fatos, não sendo admissível que o Estado deliberadamente imponha ou tolere obstáculos normativos, administrativos ou fáticos à adequada investigação e persecução destes fatos.

Isto, entretanto, não retira do Estado e do Poder Legislativo um enorme âmbito de discricionariedade acerca da forma do cumprimento dos mandados implícitos de criminalização de violações de direitos humanos, e de sua ponderação com a necessidade de respeito dos direitos e garantias dos investigados e imputados, reservando-se o controle jurisdicional às hipóteses em que houver manifesto descompasso com a ordem constitucional e internacional dos direitos humanos.

Estabelecidas as premissas, passa-se a analisar o teor das modificações penais e processuais trazidas pela Lei 13.964/2019 no que tange ao controle do uso da força letal por agentes de segurança pública, buscando interpretar seu conteúdo e definir seus limites, sempre a partir do prisma da normativa superior constitucional e internacional dos direitos humanos.

4. Interpretação e limites das modificações trazidas pela Lei 13.964/19 sobre o controle do uso da força letal por agente de segurança pública

A inserção do parágrafo único no art. 25 do CP, prevendo a legítima defesa em favor de agente de segurança pública, somada à necessidade de imediata notificação deste para acompanhar as investigações sobre eventual excesso no uso

da força letal, nomeando advogado ou tendo um indicado por sua corporação (art. 14-A do CPP e art. 16-A do CPPM), pode *simbolicamente* propagar uma mensagem de tratamento diferenciado, mais leniente, para o uso da força letal pelo agente de segurança pública.[11]

Entretanto, *juridicamente*, a inclusão do parágrafo único ao art. 25 do Código Penal não trouxe significativas inovações, não traduzindo leniência com tais atos: ao revés, exige a vinculação do agente de segurança aos limites da legítima defesa em geral, não contrariando a normativa constitucional ou internacional dos direitos humanos.

Vejamos: a norma inserida através do parágrafo único do art. 25 do CP, regulando a legítima defesa na ação do agente de segurança pública, impõe que sua ação tenha obedecido os requisitos trazidos pelo *caput* do art. 25 para configurar-se como legítima defesa. Assim, a norma inserida é meramente expletiva, cumprindo a função de reiterar não se tratar de hipótese de estrito cumprimento de dever legal (até porque não há o dever legal de matar ou revidar agressão) e de vincular expressamente o uso da força policial aos requisitos da legítima defesa (de uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente). Não é possível, pois, aplicar a parte final do parágrafo único acrescido sem os limites traçados no início do dispositivo, condicionando a incidência da norma à prévia e integral observância dos requisitos do *caput* do art. 25.

De outra parte, a previsão de notificação do agente público para acompanhar a investigação com advogado encontra-se dentro do âmbito de discricionariedade legislativa e não é em si mesma inconstitucional, porque juridicamente não acarreta paralisia ou óbice direto ou intransponível às investigações, nem violação ao princípio da isonomia, por se tratar de investigação sobre conduta praticada no exercício das funções públicas.[12]

Contudo, deve o Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial (CRFB, art. 129, VII), velar para que o acesso imediato dos autos da investigação por parte dos agentes públicos envolvidos, por meio de seus advogados constituídos ou indicados pela corporação, não impeça ou obstrua de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

11 No mesmo sentido, v. SOUZA, Renee do Ó. A Lei 13.964/2019 e as modificações no Código Penal. In: Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. SOUZA, Renee do Ó (org). Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 12-14. É certo, porém, que tal mensagem vai na contramão das determinações da Corte IDH na sentença Favela Nova Brasília v. Brasil, de apuração de atos de violência policial por órgão independente, com pleno acesso e participação das vítimas e de fixação de metas para redução da letalidade policial. Em suma, maior rigor apuratório e menos leniência com excesso no uso da força por agentes públicos.

12 Veja que se trata de agente público investigado por ato decorrente do exercício funcional, havendo previsão legal análoga para defesa de agentes políticos, servidores de 2º escalão e militares das Forças Armadas pela AGU diante de inquérito ou processo decorrente de ato ligado à função pública, cf. art. 22 da Lei 9.028/95.

qualquer forma a efetividade, adequação e celeridade das investigações, nem possa propiciar qualquer sorte de intimidação às vítimas dos fatos e seus familiares.

É de se notar, ainda, que o texto dos novos artigos 14-A do CPP e art. 16-A do CPPM contêm imprecisão técnica ao mencionar a necessidade de *citação* dos investigados, quando, evidentemente, não sendo instaurada relação processual na fase investigativa trata-se de mera *intimação* dos agentes de segurança pública acerca da deflagração das investigações. Lado outro, a norma faz referência não apenas aos inquéritos policiais e inquéritos policiais militares, mas também a *outros procedimentos extrajudiciais*, com evidente intuito de abranger os procedimentos investigatórios criminais (PIC), e respectivos procedimentos preparatórios ou administrativos instaurados por membros do Ministério Público no âmbito criminal.

Os novos artigos 14-A do CPP e do art. 16-A do CPPM não são claros, ademais, na definição do momento e de quais agentes de segurança pública deveriam ser intimados. Apesar de os respectivos §§1º determinarem a citação (*rectius*, intimação) dos *investigados* acerca *da deflagração* do inquérito policial, policial militar e demais procedimentos extrajudiciais cujo objeto for a investigação do uso da força letal por agentes de segurança pública, o *caput* dos novos artigos 14-A e 16-A do CPP e CPPM, em sua parte final, afirma que poderá *o indiciado* constituir defensor. Nem todo investigado é ou já foi indiciado e nem todo agente policial que esteve presente na operação participou dos supostos abusos investigados. É de se observar que nem sempre no início das investigações se dispõe de clareza acerca dos responsáveis pela prática de eventuais ilícitos: assim, uma investigação instaurada para apurar eventual excesso no uso da força letal em operação policial, inicialmente, vai procurar identificar os policiais diretamente envolvidos, usualmente agentes de baixa patente ou inspetores. Ao longo das investigações, contudo, podem surgir evidências acerca da participação, omissão relevante ou determinação de ilícitos por praças de patente superior, ou mesmo por oficiais ou delegados de polícia.

Não parece, porém, sejam suficientes meras referências ou notícias desprovidas de lastro mínimo para determinar a imediata intimação do agente superior acerca da investigação: apenas quando houver lastro probatório mínimo a permitir que tais agentes passem formalmente à condição de investigados é que se deve proceder à sua intimação, aditando-se a portaria inicial da investigação, sempre que preciso.

É de se recordar, ainda, que a investigação não é regida pelo princípio do contraditório, nem constitui um fim em si mesmo, podendo o membro do Ministério Público a qualquer momento formar sua *opinio* acerca da existência de justa causa da prática de infração penal e deduzir a respectiva imputação em juízo, ainda que a autoridade policial não tenha promovido indiciamentos ou relatado o feito. Assim, eventual não-intimação de agente policial acerca de inquérito poli-

cial, porquanto não constava como investigado, não obsta a validade de denúncia oferecida contra si, na medida em que o inquérito policial ou procedimento investigatório criminal não são imprescindíveis para o exercício da ação penal, nem delimitam a *opinio* ministerial, exigindo-se tão-só a presença de justa causa para o oferecimento da denúncia (que pode advir até mesmo de documentos ou peças de informação recebidas pelo *Parquet* que tornem despicienda a investigação).

Por outro lado, a intimação acerca da deflagração ou aditamento da investigação do agente de segurança pública envolvido em uso letal da força para constituir advogado ou ter um indicado por sua corporação não lhe dá acesso a evidências relativas a diligências ainda em curso, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação de sua Súmula Vinculante nº 14:

> STF - Súmula Vinculante nº 14 - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, *já documentados em procedimento investigatório* realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.
>
> “(...) verifico que, *in casu*, a irresignação do reclamante não merece acolhida. Isso porque o entendimento adotado no ato reclamado não constitui ato que ofendam a tese firmada no enunciado 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (...). Deveras, o direito de acesso aos dados de investigação não é absoluto, porquanto o legislador ordinário trouxe temperamentos a essa prerrogativa, consoante se infere da exegese do artigo 7º, §§ 10 e 11, da lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, com a redação conferida pela Lei 13.245/2016, (...). Nesse contexto, cabe referir que o espectro de incidência do Enunciado 14 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal não abrange diligências ainda em andamento e elementos ainda não documentados, mormente se considerados os dispositivos legais supramencionados, além de se fazer necessária a apresentação de procuração nas hipóteses de autos sujeitos a sigilo. (...) verifico que sequer se negou à defesa o direito de acesso a autos de investigação, razão pela qual não merece prosperar o presente intento recla-

matório." [Rcl 30.957, rel. min. Luiz Fux, dec. monocrática, j. 10-8-2018, *DJE* 164 de 14-8-2018.]

(...) o paradigma tido como violado confere ao defensor do investigado amplo acesso aos elementos já documentados nos autos, mas é enfático ao ressalvar as diligências ainda em andamento. Com efeito, a presente Reclamação é improcedente, pois não se ajusta ao contexto do parâmetro de controle acima transcrito. Verifico, à luz do ato impugnado, que o pleito foi indeferido porque havia diligências em andamento e o eventual acesso a essas informações poderia causar prejuízo às investigações. (...) Dessa forma, a pendência na conclusão de diligências investigatórias já deferidas pela autoridade reclamada é argumento legítimo para o indeferimento do acesso irrestrito pleiteado pelo reclamante. (...) Portanto, as diligências ainda em andamento não estão contempladas pelo teor da Súmula Vinculante 14 (Rcl 28.661/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, *DJe* de 19/10/2017). [Rcl 29.958, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 9-8-2018, *DJE* 164 de 14-8-2018.]

Autos de inquérito policial que estavam circunstancialmente indisponíveis em razão da pendência de realização de diligência sigilosa. Além disso, os autos encontravam-se fisicamente em poder da autoridade policial, providência que, temporariamente, impedia o imediato acesso da defesa. Razões atinentes à gestão processual que evidenciam ausência de demonstração inequívoca de atos violadores da Súmula Vinculante 14. [Rcl 25.012 AgR, rel. min. Edson Fachin, 2ª T, j. 14-3-2017, *DJE* de 27-3-2017.]

Segundo se extrai da leitura da Súmula Vinculante 14, o defensor pode ter acesso às diligências já documentadas no inquérito policial. No entanto, a diligência à qual o reclamante pleiteia

> acesso ainda está em andamento e, em virtude disto, a súmula vinculante não é aplicável ao presente caso. Rcl 10.110, rel. min. Ricardo Lewandowski. 6. Assim, independentemente da existência ou não da contradição suscitada pela defesa, o acesso às diligências que ainda se encontram em andamento não é contemplado pelo teor da Súmula Vinculante 14. [Rcl 22.062 AgR, voto do rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 15-3-2016, *DJE* 103 de 20-5-2016.]
>
> Agravo regimental em reclamação. 2. Súmula Vinculante 14. Violação não configurada. 3. Os autos não se encontram em Juízo. Remessa regular ao Ministério Público. 4. Inquérito originado das investigações referentes à operação "Dedo de Deus". Existência de diversas providências requeridas pelo Parquet que ainda não foram implementadas ou que não foram respondidas pelos órgãos e que perderão eficácia se tornadas de conhecimento público. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. [Rcl 16.436 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 28-5-2014, *DJE* 167 de 29-8-2014.]

Por fim, é de se notar que as normas foram inseridas no âmbito da legislação processual *penal*, comum e militar, relativas aos procedimentos de apuração da responsabilidade *criminal* por possíveis excessos ou abusos no uso da força letal por agentes estatais. Por via de consequência, não incidem nos procedimentos *cíveis* instaurados, no âmbito do Ministério Público, de pessoa jurídica de direito público, ou da Defensoria Pública para a formação de *opinio* acerca da tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos relativos ao uso da força letal pelo Estado, nem em procedimentos *cíveis* relativos à investigação de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo de que possam ou devam os eventuais investigados, sempre que possível e conveniente, ser notificados acerca destes feitos.

Assim, conclui-se que tanto o parágrafo único acrescido ao art. 25 do CP como as normas processuais inseridas no CPP e CPPM pela Lei 13.964/19 são compatíveis com a Constituição e a CADH, encontrando-se dentro do âmbito de discricionariedade do Legislador para sopesar entre garantias e direitos processuais

de investigados e vítimas e o dever de eficiência das investigações sobre o uso de força letal por agentes públicos. Contudo, não podem ser interpretados ou aplicados de molde a se tornarem óbice ao dever de adequação, eficiência e celeridade destas investigações, diante da superioridade normativa dos mandados implícitos de criminalização de violações de direitos humanos, provenientes dos deveres constitucionais de proteção dos direitos fundamentais e dos compromissos assumidos pelo país em decorrência de tratados e convenções de direitos humanos, notadamente a partir da CADH e da jurisprudência da Corte IDH, condicionando a interpretação e incidência das normas trazidas pela Lei 13.964/2019.

5. Uso letal da força e tribunal do júri

Questão especialmente complexa diz respeito à fiscalização do cumprimento destes consectários dos mandados implícitos de criminalização quando os fatos constituírem ou forem conexos a crime doloso contra a vida, atraindo a competência do Tribunal do Júri para o julgamento, na medida em que suas decisões não são fundamentadas.

Aqui faz-se necessário, ao menos, tratando-se de matéria de direito na qual os jurados são leigos, que o juiz-presidente, ao explicar os quesitos, esclareça acerca dos contornos jurídicos das causas justificantes e obste a veiculação de teses manifestamente contrárias à Constituição e às normas internacionais de direitos humanos.

Assim, ao explicar os quesitos e sanar as dúvidas dos jurados (arts. 484 e 485 do CPP), deve o magistrado esclarecer, por exemplo, que as hipóteses de legítima defesa decorrentes do uso da força letal por agentes do Estado não prescindem da observância dos requisitos gerais do art. 25, *caput,* do CP, não se tratando, pois, de norma especial que possa afastar ou atenuar aqueles requisitos legais, até mesmo pela leitura do referido dispositivo legal.

De forma semelhante, cabe ao juiz-presidente dirigir os debates, intervindo em caso de abuso (CPP, art. 497, III), para obstar a veiculação de teses manifestamente inconstitucionais ou contrárias às convenções de direitos humanos, (como, p.ex., seria a defesa da licitude da tortura e homicídio de pessoas suspeitas de crimes, ou para fins de investigação criminal, ou de integrantes de determinada raça, etnia, ou grupo religioso, ou ainda de execuções de cidadãos desarmados em fuga, de forma isolada e desconectada de qualquer possibilidade de agressão injusta atual ou iminente).

Com efeito, a normativa superior constitucional e convencional de direitos humanos deve servir de vetor de interpretação da legislação infraconstitucional, e inclusive das inovações trazidas pela Lei 13.964/19, devendo tais limites serem esclarecidos aos jurados leigos pelo juiz-presidente, por ocasião dos esclarecimentos dos quesitos, dúvidas dos jurados e da direção dos deba-

tes (arts. 484, 485 e 497, III, do CPP).

6. Conclusões

Conclui-se que as alterações trazidas pela lei 13.964/2019 no âmbito da legítima defesa e dos direitos pré-processuais de agentes de segurança pública investigados pelo uso da força letal durante o exercício de suas funções, não são colidentes ou incompatíveis com a normativa constitucional ou convencional de direitos humanos. Entretanto, sua interpretação e incidência se fazem condicionadas por mandados implícitos de criminalização de violações de direitos humanos – e notadamente de abusos no uso da força letal por agentes do Estado – decorrentes da Constituição e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos), conforme consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (e análoga jurisprudência da Corte Europeia).

Assim, os requisitos da legítima defesa do agente de segurança pública não destoam daqueles exigidos dos demais cidadãos, trazidos pelo *caput* do art. 25 do Código Penal, e a intimação dos agentes para constituir advogado e a indicação de advogado pela instituição de origem não podem servir para obstruir o dever de eficiente e adequada investigação, persecução e processamento penal de possíveis violações de direitos humanos. Os servidores de segurança investigados devem ser intimados, na forma dos parágrafos 1º, 2º e 6º dos novos artigos 14-A do CPP e 16-A do CPPM, à medida em que houver elementos suficientes de sua participação e passem formalmente a constar como investigados, podendo, com as limitações trazidas pela Súmula Vinculante nº 14 do STF quanto a diligências em curso, ter acesso ao resultado das diligências já concluídas constantes dos autos. Contudo, sendo a própria investigação prescindível, instrumental e inquisitorial, não há qualquer óbice ou irregularidade em eventual formação de *opinio* ministerial que impute condutas a servidores que não tenham sido intimados ou investigados, nem que se dispense a realização de procedimento investigativo, desde que existente justa causa para a deflagração da persecução penal (que pode ser extraída até mesmo de documentos ou peças de informação remetidas ao *Parquet*). Não há, pois, que se falar em irregularidade ou nulidade na falta de intimação prévia de algum denunciado no âmbito da investigação (já que esta em si é dispensável), não se podendo interpretar as alterações trazidas pela Lei 13.964/19 de ordem a que tragam obstáculos ou impeçam o cumprimento do dever constitucional e convencional de célere, adequada e eficiente investigação, persecução e processamento de violações de direitos humanos decorrentes de abusos no uso da força letal por agentes públicos.

Por fim, tais limites e recortes constitucionais e convencionais ao uso da força por agentes públicos, sendo vedada qualquer interpretação que torne lícita ou legitime execuções sumárias ou arbitrárias, devem ser informados pelo juiz-presidente aos jurados quando do esclarecimento dos quesitos no Tribunal do Júri, devendo, outrossim, guiar a direção dos debates pelo juiz-presidente, coibindo a veiculação de teses manifestamente inconstitucionais ou contrárias ao dever de proteção dos direitos humanos.

7. Referências bibliográficas

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. Obrigações positivas em matéria penal: efeitos e limites da jurisprudência interamericana em caso de violações de direitos humanos. In: Comentário da Convenção Americana dos Direitos Humanos. NORONHA, João Otávio de; ALQUERQUE, Paulo Pinto de (orgs.), Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2020 (no prelo).

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

DONELLY, Jack. Universal Human Rights in theory and practice. 3rd. Edition. Ithaca/London: Cornell University Press, 2013.

FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa

juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs Uruguay). In: Estudios Constitucionales, Año 11, Nº2, 2013.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Controle constitucional da convencionalidade das leis. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14.ed. rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS. André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 62, 2006, p.9-55, set-out/2006.

RAMOS. André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2.ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019. In: Lei anticrime – comentários à Lei 13.964/2019. SOUZA, Renee do Ó (org). São Paulo: D'Plácido, 2020.

Artigo escrito em 28 de agosto de 2020.

WHISTLEBLOWER NA LEI 13.964/2019

Eduardo Cambi[1]
Gustavo Carvalho Kichileski[2]

SUMÁRIO

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a figura do *whistleblower*, introduzida plo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). A metodologia utilizada foi a qualitativa, com exame da legislação, doutrina e jurisprudência. Busca-se compreender o novo instituto e a sua importância no combate à criminalidade organizada e à corrupção sistêmica.

PALAVRAS CHAVE: *Whistleblower,* Pacote Anticrime, Combate à criminalidade organizada e à corrupção sistêmica.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutor pela Univesità degli studi di Pavia. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

2 Mestre pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pesquisador integrante do Núcleo de Estudos Criminais da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado. Membro associado do IBCCRIM.

1. Introdução

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019)[3], que introduziu no Brasil, mediante alterações na Lei 13.608/2018, o instituto do *whistleblower*, também conhecido como *informante do bem*[4].

A metodologia utilizada nessa pesquisa foi a qualitativa. Realizou-se uma revisão bibliográfica sobre o tema, com enfoque na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira e estrangeira.

Pretende-se enfatizar a necessidade de introdução do instituto a partir da perspectiva da política criminal. Analisou-se o conceito e a importância do tema, com destaque para as experiências norte-americana e do Projeto de Lei Modelo da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Em seguida, foram abordadas as propostas contidas no Pacote Anticrime e realizadas críticas voltadas a aprimorar a recepção do novo instituto no direito brasileiro.

Ao final, procurou-se contextualizar a importância do *whistleblower* com a necessidade de alteração da cultura e o consequente investimento em educação para o exercício da cidadania como meio de prevenir a corrupção sistêmica e conter a criminalidade organizada.

2. Política criminal voltada ao incentivo do *whistleblowing* no Brasil

A política, compreendida como *arte de governar*, tem por finalidade praticar atos que satisfaçam os interesses públicos e sociais.

Desde a época Aristóteles, na *polis,* o governo deve pautar suas condutas buscando a solução dos problemas sociais. Questões permanentes, como a segurança, saúde e educação, devem constar em qualquer plano de governo.

Na definição de Zaffaroni,

> [...] por política criminal, puede entenderse la po-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 O presente texto é uma versão atualizada e revisada do artigo Whistleblowing no pacote anticrime, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 1006, ago/2019, p. 201-229.

4 […] whistleblowing é o termo, de origem norte-americana, com que, há longo tempo, é cunhada a actividade daquele que sinaliza um comportamento ilegal ou irregular ocorrido no quadro de uma organização, pública ou privada, com a qual tem ou teve algum vínculo […] (BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020, p. 99).

> lítica respecto del fenómeno criminal, lo que no sería más que un capítulo de la política general. En este sentido política criminal sería el arte o la ciencia del gobierno respecto del fenómeno criminal, y no podría oponerse nunca al derecho penal, puesto que el derecho penal no podría ser más que un aspecto de su materialización o instrumentación legal [...]. Podemos afirmar que la política criminal es la ciencia o el arte de seleccionar los bienes que deben tutelarse jurídico-penalmente y los senderos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica el sometimiento a crítica de los valores y senderos ya elegidos[5].

Nas últimas décadas, com o avanço tecnológico, a globalização, a maior complexidade das relações econômicas, o pluralismo político e a diversidade cultural, estruturas tradicionais de combate à criminalidade tornaram-se ultrapassadas.

O fortalecimento das organizações criminosas, a lesão a bens jurídicos supraindividuais, a lavagem de dinheiro e a transnacionalização dos delitos, entre outros aspectos, desafiam a criação de novas políticas criminais.

As medidas legislativas de política criminal devem procurar solucionar ou minimizar o problema pelo qual ela foi pensada, bem como trazer benefícios com sua implantação, e não gerar mais problemas, que causem retrocessos[6].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires; Ediar, 1985. p. 86. “(...) por política criminal, pode-se entender a política em relação ao fenômeno criminal, o que não seria mais do que um capítulo da política geral. Neste sentido, a política criminal seria a arte ou ciência do governo com relação ao fenômeno criminal, e nunca poderia se opor ao direito penal, uma vez que o direito penal não poderia ser mais do que um aspecto de sua materialização ou instrumentação legal [...]. Podemos afirmar que a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens que devem ser protegidos juridicamente-criminalmente e os caminhos para efetivar essa tutela, o que inevitavelmente implica a submissão à crítica dos valores e caminhos já escolhidos” (Tradução livre).

6 Em sentido de inovação de técnicas de investigação, saliente-se o artigo 3º da Lei 12.850 de 2013, que prevê: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação e, VIII - cooperação entre instituições e

O artigo 5º, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, vigente deste 03 de outubro de 1941, afirma que qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito policial. O artigo 301 do CPP, por sua vez, afirma que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Porém, o *whistleblowing*, como técnica de política criminal, pretende criar incentivos extras para que comportamento ilícitos possam ser revelados e, com isso, otimizar a eficiência das investigações. Busca, inclusive pela previsão de recompensas, a colaboração daqueles que conheçam os fatos delitivos para a melhor solução de crimes que dependem de informações de pessoas que integram às organizações públicas ou privadas[7]. Afinal, a investigação da corrupção e da criminalidade econômica se tornou mais complexa, por estarem inseridas na gestão empresarial e/ou administrativa, nem sempre captadas pela atuação burocrática e ineficiente do Estado.

Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar a modificação da Lei 13.608/2018 com a lei 13.964 de 2019, que introduziu o instituto do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro.

3. O *whistleblowing* como técnica especial de investigação

O *whistleblower* decorre da junção de duas palavras: "*whistle*" que significa "assobio" ou "apito"; e "*blower*", "soprador" ou "ventilador".

Whistleblower é uma pessoa[8], que faça parte ou tenha sido parte dos quadros de funcionários próprios ou tercerizados, bem como tenham de alguma outra forma colaborado regularmente (*v.g.*, estagiários, apreendizes ou

---

órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

7 COSTA, Leonardo Dantas. Whistleblowing como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denunciações internas na Administração Pública brasileira. Revista brasileira de ciências criminais [RT on line], vol. 150, dez. 2018. p. 189-233.

8 […] o whistleblower, cuja tradução literal seria o "assoprador de apito", figura justamente como aquele que comunica, de forma anônima ou aberta, a órgãos de controle, de natureza pública ou privada, existentes no interior da própria organização ou fora dela, eventuais práticas que estejam em desconformidade com o padrão normativo estabelecido para o exercício de certa atividade […] (MACHADO, Leonardo Marcondes. O whistleblower ("informante do bem") na investigação criminal Brasileira. Artigo Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/academia-policia-whistleblower-informante-bem-investigacao-criminal-brasileira> Acesso em 10.04.2020.

voluntários) com as atividades de uma empresa ou do setor público, e que venha a relatar voluntariamente informações, até então desconhecidas, que possam relevar a ocorrência de ilicitudes ou de condutas antiéticas, a fim de que as autoridades responsáveis possam apurá-las[9].

Na *International principles for whistleblowing legislation* da Transparência Internacional, define-se *whistleblowing* como "the disclosure of information related to corrupt, illegal, fraudulent or hazardous activities being commited ir or by public or private sector organisations – which are of concern to or threaten the public interest – to individuals or entities believed to be able to effect action"[10].

Peter Jubb, por sua vez, conceitua *whistleblower* da seguinte forma:

> Whistleblowing is a deliberate non-obligatory act of disclosure, which gets onto public record and is made by a person who has or had privileged access to data or information of an organization, about nontrivial illegality or other wrongdoing whether actual, suspected or anticipated which implicates and is under the control of that organization, to an external entity having potential to rectify the wrongdoing[11].

O instituto do *whistleblowing* está previsto em diversas Convenções In-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 GODOY, Andre Ricardo. Whistleblowing no direito penal brasileiro: Análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Revista de Ciências Criminais [RT on line], vol. 134, ago.2017, p. 269-289; KICHILESKI, Gustavo Carvalho. O informante confidencial como desafio da persecução penal e a transformação cultural. Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Violência e Crimonologia. Jacarezinho, PR. UENP, 2017. p. 272.

10 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. International principles for whistleblower legislation, 2013. 16p. Disponível em: [www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation]. Acesso em: 25.04.2019. p. 4. "A divulgação de informações relacionadas a atividades corruptas, ilegais, fraudulentas ou perigosas que estão sendo cometidas por organizações do setor público ou privado - que são motivo de preocupação ou ameaçam o interesse público - a indivíduos ou entidades que se acredita serem capazes de efetuar ações" (Tradução livre).

11 BANISAR, David "Whistleblowing: International Standards And Developments". Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1753180>. Acesso em 15.01.2019. "O whistleblowing é um ato de revelação deliberadamente não obrigatório, que é registrado publicamente e é feito por uma pessoa que tem ou teve acesso privilegiado a dados ou informações de uma organização, sobre ilegalidade não trivial ou outro delito real, suspeito ou antecipado que implique e está sob o controle dessa organização, para uma entidade externa com potencial para corrigir a irregularidade" (Tradução livre).

ternacionais contra a Corrupção, com destaque para a Convenção contra a Corrupção da Organização das Nações Unidas (ONU) (arts. 1º, 8º, § 4º, 13, 32, 33, 36, 39 e 60), a Convenção Interamericana Contra a Corrupção dos Estados Americanos (OEA) (arts. 2º, 3º, §§ 1º, 8º, 11 e 14, §§ 1º e 2º), bem como na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (arts. 1º, §§ 1º e 2º, 2º e 3º, § 2º), no âmbito da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE).

O artigo 33 da Convenção contra a Corrupção da ONU (também conhecida como Convenção de Mérida) afirma: "*Cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção*"[12].

Já a Convenção Interamericana Contra Atos de Corrupção (denominada de Convenção de Caracas), no artigo III, dispõe que os Estados Partes devem considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: "(...) *8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno".*

Percebe-se que a Convenção da ONU usa a expressão "*instituir medidas apropriadas de proteção*", enquanto a Convenção Interamericana se refere a "*sistemas para proteger*". Consequentemente, os países signatários dessas Convenções devem instituir "*sistemas e medidas*" apropriadas para proteção específica dos denunciantes.

Contudo, a origem do instituto do *whistleblowing* remonta à década de sessenta do século XX, nos Estados Unidos, onde ao longo dos anos surgiram diversos atos normativos para recepcionar informações e denúncias, como o *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), o *Civil Reform Act* (1978), o *Sarbenes-Oxley Act* (2002) e o *Dood-Frank Act* (2010).

Ainda nos Estados Unidos, para regular o *whistleblowing* na Administração Pública, foi editado em 1978 o *Civil Reform Act*. Posteriormente, o *Whistleblowing Protection Act* de 1989[13] ampliou as medidas de proteção dos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 BRASIL, Planalto. Decreto nº 5. 687 de 2006 - Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Acesso em 29.03.2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm >.

13 UNITED STATES, OAS, Rule 101.11. Procedures for Whistleblowers and Pro-

whistleblowers. Foi criado o *Office of Special Counsel*[14], órgão responsável por recepcionar as denúncias, assegurar proteção aos informantes e familiares, bem como evitar retaliações contra a sua atuação. Também o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), unidade de polícia do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que funciona como um órgão de inteligência, com atribuição para investigar diversos crimes federais[15], instituiu o programa de proteção aos *whistleblowers* e vem utilizando essa técnica para a investigação de casos de terrorismo, corrupção e grandes sonegações fiscais[16]. Além disso, nos EUA, não é incomum ter escritórios de advocacia especializados em auxiliar os informantes quanto ao fornecimento de dados e informações, bem como conseguir maior proteção perante o FBI em face dos investigados, de modo a evitar possíveis represálias.

Na Europa, destaca-se a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo em 27 de janeiro de 1999, e em vigor

---

tections Against Retaliation. Disponível em <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc.> Acesso em 28.02.2019.

14 "The Office of Special Counsel has the authority to investigate and prosecute violations of the rules protecting federal workers against retaliation for whistleblowing (under the Whistleblower Protection Act). It also plays a key oversight role in reviewing government investigations of potential misconduct. Based on a complaint by a whistleblower. Office may require an agency to investigate the alleged wrongdoing, even if it is reluctant to do so. Whistleblowers are invited by the Office of Special Counsel to comment on the quality of the agency investigation and the corrective actions prescribed—based on the view that whistleblowers themselves are most often experts in their own right on the subject matter of their concerns. The Office also maintains a dialogue with the investigating agency to make sure that the actions taken are reasonable and that they address the concerns raised by the whistleblowers" (UNITED, STATES, Nações Unidas, The United Nations Convention against Corruption Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, p. 71/72, disponível em: <https://www.unodc.org/ documents/corruption/Publications/2015/15- 04741_Person_Guide_eBook.pdf>. Acesso em 28.02.2019). "O Gabinete do Conselho Especial tem autoridade para investigar e processar violações das regras que protegem os trabalhadores federais contra retaliação por denúncias (nos termos da Lei de Proteção aos Denunciantes). Ele também desempenha um papel importante de supervisão na revisão de investigações do governo sobre possíveis desvios de conduta. Baseado em uma denúncia por um denunciante. O escritório pode exigir que uma agência investigue o suposto delito, mesmo que esteja relutante em fazê-lo. Os denunciantes são convidados pelo Gabinete do Conselho Especial para comentar sobre a qualidade da investigação da agência e sobre as ações corretivas prescritas - com base na opinião de que os denunciantes são, na maioria das vezes, especialistas em seus próprios direitos sobre o assunto de suas preocupações. O Escritório também mantém um diálogo com a agência investigadora para garantir que as ações tomadas sejam razoáveis e que atendam às preocupações levantadas pelos denunciantes" (Tradução livre).

15 JUSTICE, Departament of. US. FBI. Disponível em < https://www.fbi.gov/news/stories> Acesso em 29.03.2019.

16 LLP, KOHN, KOHN & COLAPINTO. Our Attorneys Won the Landmark Case Establishing Whistleblower Protection for FBI Agents. Disponível em < https://www.kkc.com/whistleblower-protection/establishing-rights-for-fbi-agents > Acesso em 29.03.2019.

desde 01 de julho de 2002, cujo artigo 22 dispõe sobre a proteção aos colaboradores da justiça e testemunha nos seguintes termos: "*Cada Parte adotará as medidas que se revelem necessárias para assegurar uma proteção efetiva e adequada: a) Às pessoas que forneçam informações relativas às infrações penais previstas nos artigos 2.º a 14.º* [corrupção ativa de agentes públicos nacionais, corrupção passiva de agentes públicos nacionais, corrupção de membros das assembleias públicas nacionais, corrupção de agentes públicos estrangeiros, corrupção de membros de assembleias públicas estrangeiras, corrupção ativa no setor privado, corrupção passiva no setor privado, corrupção de membros de assembleias parlamentares internacionais, corrupção de juízes e funcionários de tribunais internacionais, tráfico de influências, branqueamento dos produtos resultantes de infrações de corrupção e infrações contabilísticas] *ou que, de outro modo, colaborem com as autoridades responsáveis pela investigação ou pela instauração do procedimento criminal; b) Às testemunhas que deponham relativamente a tais infrações"*[17].

Também é importante mencionar a Convenção Civil sobre Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em 04 de novembro de 1999, que dispõe, no artigo 9º, sobre a proteção a empregados: "Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities"[18].

A Organização dos Estados Americanos (OEA) possui um projeto de lei específico sobre os *whistleblowers*, conhecido como *"Projeto de Lei modelo para facilitar e incentivar a denuncia de atos de corrupção e proteger os seus denunciantes e testemunhas"*[19]*.* Tal projeto é considerado um modelo do padrão internacional para a adoção do instituto. Possui 56 artigos, com a regulamentação de temas como a revelação de identidade, as medidas de sigilo, as garantias de proteção aos informantes, a forma de recompensa e até como deve se dar a cooperação jurídica internacional.

No Brasil, o tema foi discutido na Estratégia Nacional de Combate à

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

17 PORTUGAL, Ministério Público. http://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-penal-sobre-corrupcao-do-conselho-da-europa-19. Acesso em 24/-4/2019.

18 CONSELHO DA EUROPA. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f3f6. Acesso em 24.04.2019. "Cada Parte deverá prever, em sua legislação interna, proteção adequada contra qualquer sanção injustificada para funcionários que tenham motivos razoáveis para suspeitar de corrupção e que denunciarem de boa fé suas suspeitas a pessoas ou autoridades responsáveis" (Tradução livre).

19 OEA. Del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf> Acesso em 29.03.2019.

Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)[20] e na doutrina[21]. Também foi inserido na plataforma de propostas legislativas "Novas Medidas Contra a Corrupção", organizada pela Transparência Internacional/Brasil e pela Fundação Getúlio Vargas[22], bem como foi objeto de diversos projetos de lei, tanto na Câmara dos Deputados (nº 1.701/2011, 3.506/2012, 6.132/2013, 3.527/2015 e 3.165/2015) quanto no Senado Federal (nº 664/2011).

A Lei nº 13.608/2018 prevê, dentre outras inovações: a) a possibilidade de Estados estabelecerem serviço de recepção de denúncias por telefone, preferencialmente gratuito, que também poderá ser mantido por entidade privada sem fins lucrativos, por meio de convênio (art. 2º); b) resguarda o sigilo dos dados do informante (art. 3º); c) permite que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabeleçam formas de recompensa pelo oferecimento de informações úteis para a prevenção, a repressão ou apuração de crimes ou ilícitos administrativos (art. 4º).

Nesse contexto, o instituto do *whistleblowing* está colocado no Pacote Anticrime, que será analisado no próximo tópico.

4. Análise crítica do *whistleblowing* no Pacote Anticrime

O Pacote Anticrime teve por objetivo apresentar um conjunto de alterações legislativas para aprimorar o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileira. Dentre as mudanças na legislação brasileira, incluem-se: introduzir a figura do juiz de garantias, aumentar a efetividade do Tribunal do Júri; endurecer o cumprimento das penas; incluir no rol dos crimes hediondos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 Disponível em: http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2016. Acesso em 23.04.2019.

21 A título exemplificativo, verificar: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informante confidenciais e anônimos: perspectivas para atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In: Ministério Público e princípio da proteção eficiente. Org. Eduardo Cambi e Fábio Guaragni. São Paulo: Almedina, 2016. p.39-61; GUALTIERI, Lucas de Morais. O informante confidencial como instrumento de combate à corrupção. In: Temas atuais do Ministério Público Federal. Org. Edilson Vitorelli. Salvador: JusPodivm, 2017. p.375-393; ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 430; GOMES, Luiz Flávio. O jogo sujo da corrupção. Bauru: Astral cultura, 2017. p. 279; CASTILHO, Diego Gomes. Whistleblowing: Principais características e vantagens, o que o Brasil está efetivamente perdendo. In: Corrupção como fenômeno supra legal. Org. Luiz Henrique Barbugiani. Curitiba: Juruá, 2017. p. 73-97. FERREIRA, Luciano Alberto et al. Whistleblowing no Brasil: Uma análise das soluções de lege ferenda para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Ciências Criminais, vol. 147, set./2018; GODOY, Andre Ricardo. Op. cit..

22 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/NovasMedidascontraCorrupcao_Cartilha.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em 31.05.2019.

o delito de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado; elevar penas em crimes relativos a armas de fogo; aprimorar o perdimento do produto de crime; permitir o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública; evitar a prescrição; introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade Administrativa; melhorar a investigação criminal (como o funcionamento do banco nacional de perfil genético, a atualização da lei de interceptação telefônica, a introdução do agente encoberto nas leis de drogas, de lavagem de dinheiro e de armas e a criação de banco nacional multibiométrico e de impressões digitais).

Nesse contexto, o Pacote Anticrime também propõe a introdução do "informante do bem"[23], também denominado de *whistleblower*, por intermédio de alterações na Lei 13.608/2018[24], nos seguintes termos:

> Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas (Incluído pela

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 [...] Whistleblower, informante, reportante, "dedo duro",(1) todas essas expressões correspondem a denominações atribuíveis ao indivíduo de boa-fé que informa a ocorrência de um ilícito, notadamente de caráter penal. Vale destacar, desde logo, que esse personagem é distinto do protagonista da delação premiada, pois o delator via de regra possui envolvimento com o fato delitivo, ocupando ao menos o papel de suspeito ou de acusado no âmbito da persecução penal. Essa comunicação realizada pelo informante poderá ser direcionada a um canal de denúncias instalado na estrutura organizacional de uma empresa, ou a uma ouvidoria implementada na administração pública. A legislação brasileira, sobretudo a Lei 13.608 de 2018 e as alterações que lhe foram propostas pelo denominado "pacote anticrime", dispõe a respeito dessa segunda hipótese, visando à prevenção da ocorrência de ilícitos que permeiam ou perpassam, em alguma medida, o ambiente estatal.(IBCCRIM.Pacote anticrime e Whistleblower: um ponto dentro da curva. Artigo. 30 de novembro 2019. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/74> Acesso em 20.03.2020).

24 Cf. SOUZA, Renne Do ó . Lei Anticrime: Comentários à lei nº 13.964/2019. Editora D' Plácido. São Paulo, 2020, p.325.

Lei nº 13.964, de 2019).

De início, é importante salientar que os *whistleblowers* são *colaboradores juridicamente desinteressados*[25], isto é, diferentemente dos colaboradores premiados (Lei 12.850/2013, arts. 4º a 6º), os informantes não são coautores ou partícipes da organização criminosa, não relatando infrações penais em troca de benefícios processuais (como o perdão judicial, a redução da pena e a admissão de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos).

Podem ser *whistleblowers* servidores públicos ou empregados privados que se disponham a denunciar atos ilícitos praticados por seus superiores hierárquicos ou por seus colegas de trabalho. Contudo, a Lei 13.964/2019 restringe o alcance do instituto à Administração Pública.

As informações podem ser reveladas na própria estrutura da entidade na qual o crime foi praticado (por intermédio de canais de *compliance*, controladorias, corregedorias, ouvidorias etc.) ou serem levadas diretamente aos órgãos públicos responsáveis pela investigação (autoridade policial, Ministério Público, Receita Federal etc)[26].

Tais informações também podem ser levadas aos meios de comunicação, que são instituições que podem publicizar os fatos e desencadear investigações[27]. Nesse sentido, é importante destacar o papel do jornalismo investigativo. No caso *Watergate*, por exemplo, os repórteres Bob Woodward e Carl Bemstein, do jornal *The Washisgton Post*, mediante informações recebidas de uma pessoa conhecida apenas por Garganta Profunda (*Deep Throt*), conseguiram, em 18 de junho de 1972, após meses de investigações, estabelecer a ligações entre a Casa Branca e cinco pessoas que foram detidas quando tentavam fotografar documentos e instalar aparelhos de escuta no escritório do Partido Democrata. Essa reportagem, confirmada pela apreensão de fitas gravadas e pela investigação oficial, culminou na renúncia do então Presidente da República e candidato à reeleição, Richard Nixon, em 9 de agosto de 1972.

Com a finalidade de proteção da identidade do informante, somente em 31 de maio de 2005, os jornalistas Bob Woodward e Carl Bemstein revelaram quem era o *Deep Throt*, isto é, que as informações foram fornecidas por Willian Mark Flet (1913-2008), então vice-presidente do Federal Bureu of Investigation (FBI).

Os informantes têm assegurado proteção *integral* contra retaliações,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

25 ARRAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: temas relevantes. Coord. Viviana Damiani Zanellato. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 363-364.

26 COSTA, Leonardo Dantas. Op. cit.

27 Idem.

conforme será analisado mais abaixo, e ficam isentos de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, salvo se tiverem apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas. Com efeito, protege-se apenas o *whistleblower* de boa-fé, isto é, aquele que relata informações sobre crimes acreditando estar narrando fatos verdadeiros. Por isso, ele não pode ser responsabilizado se, mesmo por culpa, no curso das investigações, as informações não se mostrem corretas.

Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante, a sua identidade deve ser revelada para possibilitar a respectiva responsabilização pelos crimes de denunciação caluniosa (CP, art. 339) ou de falso testemunho (CP, art. 342), sem prejuízo das sanções civis[28].

4.1 Interesse público para a revelação da identidade do informante vs. proteção da identidade

O pressuposto para a concretização do direito de relatar informações sobre crimes é justamente a proteção da identidade do informante.

Por meio dessa tutela, é que se resguarda a integridade física e psíquica, respeita a dignidade e garante a segurança do *whistleblower* e de seus familiares, prevenindo possíveis retaliações.

O Pacote Anticrime protege a identidade do informante da seguinte forma:

> Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Como regra geral, a identidade do informante deve ser preservada. Excepcionalmente, ela pode ser revelada, nas seguintes hipóteses: a) relevante

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

28 CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d´Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOKILOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil completo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019. p. 626.

interesse público; b) ou interesse concreto para apuração dos fatos.

No mesmo sentido, é o artigo 58 do Projeto de Lei 4850/2016, resultante de iniciativa popular (Dez medidas contra a corrupção), *in verbis*: "Art. 58. Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo. Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade".

A figura do informante não se confunde com a da testemunha. Esta precisa ser identificada. O artigo 450 do Código de Processo Civil, por exemplo, exige que a parte, ao arrolar a testemunha, apresente, sempre que possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), no número de registro de identidade (RG) e o endereço completo da residência e do local de trabalho. Pretende-se, dessa forma, melhor identificar as testemunhas, o que contribui para evitar homônimos e permite que a parte contrária tenha mais elementos para contraditar a testemunha e, caso ela não seja encontrada, é mais fácil a sua localização pelos sistemas de busca (*v.g.*, SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados)[29].

A atuação do *whistleblower* pode se circunscrever aos atos de investigação, não precisando o seu depoimento ser, necessariamente, realizado em juízo. A partir das informações trazidas por ele, caberá aos autoridades públicas responsáveis pela apuração dos crimes buscar outras fontes e meios de prova para comprovar a materialidade do delito e os indícios de autoria.

Como a identidade do informante não é conhecida, as informações por ele prestadas podem constituir prova documental, mas, para não ferir as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ninguém poderá se condenado apenas com base no depoimento (extrajudicial) prestado pelo informante.

Caso se pretenda ampliar o valor dos elementos probatórios trazidos pelo informante, será necessário avaliar se é o caso de revelar a sua identidade, a fim de que ele seja ouvido em juízo. Nessa hipótese, é imprescindível o consentimento expresso do informante. Sem isso, nem a parte nem o Estado-juiz podem coagi-lo a prestar informações.

No entanto, na situação do *whistleblower* ser arrolado como testemunha ou vir a ser um informante do juízo, é dever do Estado assegurar todas as me-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

29 Idem, p. 608-609.

didas de proteção para evitar possíveis retaliações.

Importante, ainda, destacar que o *whistleblower* está em posição diferente do informante anônimo. Aquele se identifica, mas não tem a sua identidade revelada[30], enquanto que este não se sabe quem é, podendo se esconder atrás do anonimato, o que dá margem a toda sorte de relatos, inclusive os de má-fé. É, por isso, que se faz necessário ter maiores precauções com o informante anônimo; afinal, o artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República afirma ser livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

O Supremo Tribunal Federal admite a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que ela seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial[31].

Ademais, nos EUA, a Suprema Corte distingue as informações trazidas pelos *whistleblowers* dos informantes anônimos. Nos casos *McCray v. Illinots*[32] e *Adams v. Williams*[33], considerou-se que os relatos e os elementos de provas trazidos pelos *whistlblowers* correspondem a corroboração da causa provável[34], ou seja, a formação de indícios suficientes da existência de crime, o que equivale, no Brasil, ao *fumus comissi delict.* Com efeito, pressupondo que o *whistleblower* está de boa-fé, deve-se presumir a veracidade de seu relato, em detrimento de uma mera denúncia anônima[35].

Por sua vez, o projeto de lei modelo da OEA, em seu artigo 11, dispõe sobre a proteção da identidade do informante:

> Artículo 11. Reserva de identidad del denunciante. Las denuncias presentadas con reserva

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

30 Nesse sentido, os whistleblowers devem ter tratamento semelhante ao concedido às vítimas e testemunhas ameaçadas, incluídas no Programa Federal instituído pela Lei 9.807/1999, cujo artigo 7º prevê, dentre outras medidas, "o sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida" (inc. VIII).

31 BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ARE 1120771 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 05/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 05-11-2018 PUBLIC 06-11-2018.

32 UNITED, STATES, Supreme Court. McCray v. Illinots, 386 U.S. 300 (1967). Disponível em <https://www.supremecourt.gov/>. Acesso em 05/02/2019.

33 UNITED, STATES, Supreme Court Adams v. Williams, 407 U.S. 143 (1972). Disponível em <https://www.supremecourt.gov/>. Acesso em 05/02/2019.

34 CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. Ministério Público e princípio da proteção eficiente. São Paulo, Almedina, 2016; MENDONÇA, Andrey Borges de. Do processo e julgamento. In: Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Org. Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 501-503.

35 VAUGHN, Robert G., State Whistleblower Statutes and the future of whistleblower protection, 51 Administrative Law Review, 1999. p. 603.

> de identidad serán registradas con un código numérico especial que identifique al denunciante. Se mantendrá un registro cronológico de las personas que intervengan en el trámite de las denuncias presentadas con reserva de identidad, quedando impedidas de divulgar cualquier información relacionada con la identidad de los denunciantes. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a responsabilidad administrativa, civil y/o penal que corresponda, de conformidad con lo previsto en el capítulo VII de esta ley[36].

Na sequência, o referido projeto da OEA, no artigo 22, apresenta medidas protetivas adicionais aos informantes. Assim, a tutela da identidade do informante se desdobra na proteção do seu nome, domicílio, lugar de trabalho, profissão ou qualquer outro meio que coloque em risco sua vida:

> Artículo 22. Medidas adicionales de protección. Previa solicitud, las autoridades competentes podrán otorgar excepcionalmente las siguientes medidas adicionales de protección a los testigos de actos de corrupción siempre que se considere que está en peligro o vulnerabilidad, real o potencial, la integridad física del testigo, de su grupo familiar, la de sus bienes, y/o existe una variación injustificada de sus condicionales laborales.
>
> 1.Medidas adicionales de protección personal:
>
> a) La reserva de su identidad en las diligencias que intervenga imposibilitando que en las actas se haga mención expresa a su nombre, domicilio,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

36 OEA. Del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos. Disponível em : <http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf> Acesso em 29.04.2017. "Artigo 11. Reserva da identidade do reclamante. Reclamações apresentadas com uma reserva de identidade serão registradas com um código numérico especial que identifica o reclamante. Um registro cronológico das pessoas envolvidas no processamento de reclamações arquivadas com reserva de identidade será mantido, sendo impedido de divulgar qualquer informação relacionada à identidade dos reclamantes. O não cumprimento desta disposição resultará em responsabilidade administrativa, civil e / ou criminal que corresponda, de acordo com as disposições do Capítulo VII desta lei" (Tradução livre).

> lugar de trabajo, profesión o cualquier otro dato que ponga en evidencia al testigo[37].

Portanto, não basta assegurar a identidade do informante; para o sucesso dos programas de *whistleblowing*, é indispensável a previsão de medidas adicionais de proteção.

4.2 (In)suficiência da Lei de Proteção às Testemunhas para tutelar os *whistleblowers*

O programa de proteção as testemunhas é regulamentado pela Lei 9.807/99 e, pelo artigo 4º-C da Lei 13.608/2018, introduzido pelo Pacote Anticrime, as medidas protetivas são estendidas aos *whistleblowers*.

Além disso, a proposta legislativa prevê proteções adicionais e diferenciadas em relação às testemunhas, nos seguintes termos:

> Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999[38], será

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

37 OEA. Del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos. Disponível em: < http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf> Acesso em 29.04.2017. "Artigo 22. Medidas adicionais de proteção. Mediante solicitação, as autoridades competentes podem excepcionalmente conceder as seguintes medidas adicionais de proteção a testemunhas de atos de corrupção sempre que a integridade física da testemunha, de seu grupo familiar ou de seu grupo familiar seja considerada em perigo ou vulnerabilidade, real ou potencial, seus ativos e / ou há uma variação injustificada de suas condições de trabalho. 1. Medidas adicionais de proteção pessoal: a) A reserva da sua identidade no processo que intervém, impossibilitando a ata de mencionar expressamente o seu nome, endereço, local de trabalho, profissão ou qualquer outra informação que exponha a testemunha" (Tradução livre).

38 Depreende-se do art. 7º da Lei 9.807/1999, que o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas compreende, dentre outras medidas, aplicadas isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII - apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

> assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> § 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> § 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> § 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

A interpretação do § 1º do artigo 4º-C demonstra que sua aplicação é devida no âmbito da Administração Pública, quando o autor das retaliações ao informante é o agente público. O Projeto Anticrime, contudo, se vale da expressão “a bem do serviço público”. Porém, a demissão a bem do serviço público, presente no antigo Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 1.711/52) e na Lei 8.027/90, foi revogada pela Lei 8.112/90.

O projeto modelo da OEA, por sua vez, no artigo 2º, alínea “f”, define as medidas de proteção, *in verbis*:

> Art. 2º (…). f) “Medidas de protección”.- Conjunto de providencias dispuestas por la autoridad otorgante orientadas a proteger el ejercicio de los derechos personales y laborales de los

> denunciantes y testigos de actos de corrupción, así como el procesamiento en sede administrativa o judicial de los actos de corrupción. Su aplicación dependerá de la información suministrada, las circunstancias y condiciones de vulnerabilidad evaluadas por la autoridad otorgante y, cuando corresponda, se extenderán al grupo familiar[39].

Ademais, o projeto da OEA possui um capítulo específico sobre as medidas de proteção. O artigo 18, por exemplo, prevê medidas protetivas especiais no ambiente de trabalho, incluindo assistência médica, policial e mudança de residência:

> Artículo 18. Medidas adicionales de protección. Previa solicitud, las autoridades competentes podrán otorgar excepcionalmente las siguientes medidas adicionales de protección a los denunciantes de actos de corrupción siempre que se considere que está en peligro o vulnerabilidad, real o potencial, la integridad física y/o psicológica del denunciante, de su grupo familiar, la preservación de sus bienes, y/o que existe una variación injustificada de sus condicionales laborales de la que puede inferirse una retaliación en su contra.
>
> 1.Medidas adicionales de protección personal:
>
> a) Protección policial. b) Cambio de residencia u ocultación del paradero (esta medida podrá tener

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

39 OEA. Del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos. Disponível em : < http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf> Acesso em 29.02.2019. "Art. 2 f) "Medidas de proteção - Um conjunto de medidas ordenadas pelo poder concedente que visam proteger o exercício dos direitos pessoais e trabalhistas dos denunciantes e testemunhas de atos de corrupção, bem como a acusação em instâncias administrativas ou judiciais de atos de corrupção. Sua aplicação dependerá das informações fornecidas, das circunstâncias e condições de vulnerabilidade avaliadas pelo poder concedente e, quando for o caso, serão estendidas ao grupo familiar" (Tradução livre).

> una aplicación extraterritorial de manera excepcional). c)Asistencia médica y/o psicológica de ser el caso.
>
> 2.Medidas adicionales de protección laboral:
>
> a)Traslado de dependencia administrativa dentro de la entidad sin desmejorar sus condiciones laborales. b) Traslado de lugar de trabajo sin desmejorar sus condiciones laborales. c)Licencia con goce de sueldo.
>
> El otorgamiento de las medidas adicionales de protección se hará mediante resolución motivada de la autoridad otorgante.
>
> Las medidas adicionales de protección a que se refiere este artículo se extenderán mientras dure el peligro que las motiva, incluso con posterioridad a la culminación de los procesos de investigación y sanción del acto de corrupción a que hubiera lugar, independientemente del resultado de los mismos[40].

Por último, o Projeto de Lei 3.165/2015 apresentava um rol mais abran-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

40 OEA. Del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos. Disponível em : <http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf> Acesso em 29.02.2019. "Artigo 18. Medidas adicionais de proteção. A pedido, as autoridades competentes podem prever excepcionalmente as seguintes medidas adicionais para proteger os denunciantes de atos de corrupção quando julgar que é ameaçada ou vulnerável, real ou potencial à integridade física e / ou psicológica do queixoso, o seu grupo familiar, a preservação de seus bens, e / ou que há uma variação injustificada de seus condicionais de trabalho a partir dos quais uma retaliação contra eles pode ser inferida. 1. Medidas adicionais de proteção pessoal: a) Proteção policial. b) Mudança de residência ou ocultação do paradeiro (esta medida pode ter uma aplicação extraterritorial de maneira excepcional). c) Assistência médica e / ou psicológica, se aplicável. 2. Medidas adicionais de proteção trabalhista: a) Transferência de dependência administrativa dentro da entidade sem prejudicar suas condições de trabalho; b) Transferência de local de trabalho sem deteriorar suas condições de trabalho; c) Licença com pagamento. A concessão de medidas de proteção adicionais será feita por resolução fundamentada do poder concedente. (...) medidas adicionais de proteção referidos no presente artigo devem estender a duração do perigo que motiva, mesmo após a conclusão do processo de investigação e punição de atos de corrupção que poderia ter lugar, independentemente do resultado destes" (Tradução livre).

gente que o Pacote Anticrime de medidas protetivas. Estabelecia, por exemplo, que o servidor público que revelasse informação de interesse público teria direito a não ser removido ou redistribuído de ofício, por até dois anos, podendo esse prazo ser prorrogado pelo juiz competente, a requerimento do Ministério Público. Também assegurava o direito à manutenção de lotação, com ou sem modificação de sede ou quadro, quando indispensável à manutenção de sua integridade física ou psicológica, e ao exercício de suas funções. Ainda, trazia o direito de não ser aplicada qualquer penalidade que caracterizasse discriminação, retaliação, represália ou punição pelo fato ou sob o fundamento de revelação de informação de interesse público. Também, o servidor público não poderia ser prejudicado em avaliação de desempenho, se estivesse em estágio probatório; em procedimento de avaliação periódica de desempenho (CR, art. 41, inc. III), se fosse servidor público estável; ou em avaliação especial de desempenho para aquisição da estabilidade, se fosse servidor não estável.

Portanto, a construção de um programa de atuação efetivo de *whistleblowing* exige a previsão de um conjunto de medidas especiais voltadas à proteção do direito de relatar informações sobre crimes contra a Administração Pública. Nesse sentido, a experiência norte-americana (*Whistleblowers Protection Action*[41]), o projeto modelo da OEA, mas também o Projeto de Lei 3.165/2015 prevêem um sistema de proteção mais abrangente e favorável à prática segura do *whistleblowing* que o Pacote Anticrime. Ademais, para que todas as medidas necessárias para a proteção sejam efetivadas, é importante estabelecer um fundo especial para cobrir as despesas de um Programa de Incentivo à Revelação de Informações[42].

4.3 Recompensa ao *whistleblower*

A narrativa de informações, especialmente as que são intrínsecas às

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

41 UNITED STATES, OAS, Rule 101.11. Procedures for Whistleblowers and Protections Against Retaliation. Disponível em http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc. Acesso em 28.02.2019.

42 Nesse sentido, o art. 5º do Projeto de Lei 1.701/2011, em tramitação na Câmara dos Deputados, estabelece: “A União criará um Fundo de Recepção e Administração de bens e valores recuperados em processos judiciais relativos aos crimes de que trata o artigo 1º desta lei [crime de ordem econômica contra a Administração e o Patrimônio públicos], com sentença condenatória transitada em julgado. Tais bens e valores depositados em Juízo serão transferidos para o referido Fundo, o qual providenciará seu gerenciamento e devolução aos órgãos públicos do qual foram desviados, e deduzirá do montante apreendido a porcentagem de 10% devida ao informante, estabelecida no artigo 3º desta lei”. Verificar, ainda: FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da; SANTOS, Verçulina Firmino dos. Whistleblowing no Brasil: uma análise das soluções de lege ferenda para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 147, set./2018, p. 433-458.

organizações que possam auxiliar na investigação de crimes, é uma forma de exercício da cidadania e um modo de contribuir para o bem comum. Por isso, o exercício do direito de relatar não precisa nem deve ser sempre precedido de premiação.

Porém, a recompensa ao *whistleblower* é uma forma de incentivo financeiro para a obtenção de informações indispensáveis para se conseguir, efetivamente, prevenir, reprimir ou apurar crimes contra a Administração Pública.

Desde meados do Século XII, por meio da lei promulgada pelo Rei Wihtred Of Kent, havia uma previsão sobre uma recompensa entregue àquele que comunicasse a violação da lei de guardar o sábado ao Rei[43]:

> Se um homem livre trabalhar durante o período proibido [i.e., o Shabat], deverá ser punido, e aquele que comunicou o fato deverá receber a metade da multa aplicada, além dos lucros advindos do trabalho praticado durante o período proibido.[44]

No Brasil, o artigo 4º da Lei nº 13.608/2018 permite que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabeleçam formas de recompensa pelo oferecimento de informações úteis para a prevenção, a repressão ou apuração de crimes ou ilícitos administrativos. O parágrafo único deste artigo 4º possibilita que, entre as recompensas a serem estabelecidas, admite-se o pagamento de valores em espécie.

Já o artigo 4º-C, §3º, da Lei 13.608/2018 (introduzida pelo Projeto Anticrime) afirma:

> § 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

De imediato, duas críticas podem ser realizadas: i) as recompensas ge-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

43 GODOY, André Ricardo. Op. cit.

44 DOYLE, Charles. Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes, Congressional Research Service, 6 ago.2009. Disponível em: [www.fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf]. Acesso em: 30.04.2019.

ram custos para o erário; ii) a expectativa de retribuição econômica pode levar pessoas a "inventar" denúncias. A primeira crítica pode ser rebatida com a comprovação entre o nexo de causalidade resultante da atuação do informante e a recuperação do dinheiro público, decorrente da relevância da informação prestada e da sua confirmação pelas autoridades responsáveis pela investigação, sem o que não haveria o pagamento da retribuição. A segunda crítica também pode ser superada com os benefícios que a informação pode trazer para a punição dos crimes contra a Administração Pública e para a prevenção de novos atos lesivos, desde que o informante esteja de boa-fé, ainda que pela investigação os fatos não se comprovem.

A previsão de incentivo financeiro é razoável, quando se consideram os riscos que o informante corre ao delatar comportamentos ilícitos praticados pelo seu superior hierárquico ou por colegas de trabalho. Qualquer pessoa, mesmo sabendo da ocorrência de determinado crime, poderia se perguntar: "*vou arriscar a minha vida, da minha família, correr o risco de perder o meu trabalho e o que eu vou ganhar com isso?*"

Como sustenta Ramon Ragués i Vallès, apenas argumentos pretensamente "éticos" como a vontade de não retribuir delatores ("Roma não paga traidores") ou a concepção do dever de denúncia como obrigação do cidadão, que deve cumpri-la de forma altruísta, poderiam impedir a concessão de uma recompensa[45]. Entretanto, tais argumentos não se sustentam em um sistema como o brasileiro que admitem mecanismos como a colaboração premiada e a infiltração de agentes policiais (Lei 12.850/2013, art. 3º, incs. I e VII).

Ademais, a previsão de recompensa é uma forma de incentivo estatal para fomentar a participação e o controle social, e, com isso, prevenir graves danos ao erário. Nesse sentido, a proteção do reportante de suspeita de irregularidades está inserida na plataforma das "Novas Medidas Contra a Corrupção" da Transparência Internacional/FGV[46]. No Brasil, para o desenvolvimento de uma ética pública, por meio de cidadãos ativos e que sejam instrumentos de transformação social, a recompensa, ainda que não seja um elemento indispensável para conceituar o *whistleblower*, pode contribuir para que o Estado desvende esquemas de corrupção, com informações de pessoas que, por estarem dentro das organizações, podem comunicá-las aos agentes responsáveis pela investigação de irregularidades e atos ilícitos.

Aliás, recompensa tem maior razão de existir quando, da ação do

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

45 Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. Disponível em https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121389/167837 Acesso em 28.04.2019.

46 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/NovasMedidascontraCorrupcao_Cartilha.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em 31.05.2019.

whistleblower, resultar em recuperação de bens desviados do patrimônio público. Nesses casos, a fixação da premiação deve ocorrer por decisão fundamentada, baseada em critérios objetivos e ser proporcional ao auxílio fornecido pelo *whistleblower*[47]. Logo, não será, necessariamente, de 5% (cinco por cento), podendo ser fixado em montante inferior (por isso, o art. 4º-C, § 3º, da Lei 13.608/2018 usa a expressão "em até 5%"), a depender do valor recuperado e da efetiva contribuição do informante para a restituição do montante desviado aos cofres públicos.

Nos Estados Unidos, desde 1986, com o *False Claims Act*, voltado aos empregados que denunciam fraudes realizadas em contratos com a Administração Pública, concede-se aos informantes um percentual sobre os valores recuperados pelo Estado[48].

Ainda nos EUA, em casos de grandes sonegações fiscais, os *whistleblowers* já receberam o prêmio de US $ 12, 9 milhões, pois, pela atuação dos informantes, a Receita Federal norte-americana conseguiu repatriar US $ 54, 131 milhões em impostos atrasados e sonegados por parte de banco suíço:

> (...) o Departamento de Justiça dos EUA *negou oficialmente o apelo do caso Whistleblower 21276-13W e 21277-13W v. CIR, Processos 17-1119 e 1120 (DC Cir.)*, marcando *uma grande vitória para os denunciantes da Receita Federal. (...).* Os escritórios de advocacia de Zerbe, Miller, Fingeret, Frank e Jadav, PC (ZMF); Kohn, Kohn & Colapinto (KKC) e Robert Amsel, Esq. tem o prazer de anunciar hoje uma importante vitória para os denunciantes fiscais com o arquivamento de uma cláusula conjunta de demissão do recurso do governo nos casos do *Whistleblower* 21276-13W e 21277-13W v. CIR, Processos 17-1119 e 1120 (DC Cir.). O caso foi agendado para discussão oral em 9 de abril de 2018 no Tribunal de Apelações dos EUA para o Distrito de *Columbia Circuit*. Ele havia colocado o Departamento de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

47 Nesse sentido, o art. 17 do Projeto de Lei 3.165/2015 prevê a instauração de incidente de compensação, mediante apresentação de petição fundamentada e devidamente instruída pelo whistleblower, no bojo do processo penal ou civil no qual os fatos oriundos da revelação são apurados.

48 RÁGUES I VALLÈS, Ramon. Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 55.

> Justiça dos EUA e a Receita Federal contra dois denunciantes cujas informações levaram a US $ 54,131 milhões em penalidades criminais e confiscos civis concedidos contra um grande banco suíço. O DOJ e a Receita Federal argumentavam que a lei de denúncia de impostos não se aplicava a processos tributários criminais que resultavam no pagamento de multas e confiscos civis. A devolução dos recursos ao governo mantém a vitória do denunciante na decisão do Tribunal Fiscal do *Denunciante 21276-13W e 21277-13W v. CIR* 147, TC 4 (2016), que prevê uma ampla definição de "receita arrecadada" - a base para as denúncias em processos fiscais. Os denunciantes já haviam recebido um prêmio de US $ 4.474.000 com base na arrecadação do governo do banco suíço de US $ 20 milhões em restituição paga diretamente ao IRS por impostos atrasados. Mas o IRS se recusou a pagar um prêmio sobre os US $ 54,131 milhões adicionais arrecadados pelo banco[49].

A referida decisão integra a orientação do Tribunal Fiscal, no caso *Whistleblower 21276-13W e 21277-13W v. CIR* 147, TC 4 (2016), que traz uma ampla definição de "receita arrecadada" como base para o denúncias em processos fiscais.

Além disso, o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Act*, de 2010, prevê o pagamento de recompensas aos *whistleblowers* entre 10% a 30% do valor total das sanções pecuniárias impostas para as empresas (Section 23, "b"), mediante o estabelecimento de critérios, para aumentar ou diminuir a recompensa, como a importância da informação revelada e o grau de auxílio efetivo do *whistleblower* durante o processo administrativo e/ou judicial. Ainda, o *Dodd-Frank Act* criou o Programa de *Whistleblower* da *Securities and Exchange Commission* (SEC), que se tornou um dos mais eficientes canais de denúncia de irregularidades dos Estados Unidos na verificação de fraudes corporativas. O relatório anual de 2017 do *Whistleblower* da SEC confirmou que "os *whistleblowers* forneceram um tremendo valor aos seus esforços de fiscalização e ajudaram significativamente os investidores". Também concluiu

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

49 UNITED, STATES, The National. Whistleblower Legal Defense & Education Fund. Disponível em < https://www.whistleblowersblog.org/2018/03/articles/tax-whistleblowers/irs-whistleblowers-to-receive-12-9-million-award/ > Acesso em 14.04.2019.

que as divulgações de denúncias da SEC contribuíram diretamente para que centenas de milhões de dólares fossem devolvidos para os investidores. Em 2017, SEC pagou US $ 50 milhões em recompensas a 12 informantes e, desde que o programa de *whistleblower* começou em 2012, esse montante superou os US $ 160 milhões[50].

Porém, em 21 de fevereiro de 2018, a Suprema Corte dos EUA determinou que funcionários que relatam violações da lei de valores mobiliários aos seus supervisores ou programas de conformidade corporativa (*compliance*), mas não à Securities and Exchange Commission (SEC), não estão protegidos de retaliação sob a proteção da *Dodd-Frank Act*[51].

Ademais, no Canadá, no *Ontario Securities Comission,* o *whistleblower* chegou a receber a recompensa de US$1,5 milhão, da quantia ilícita recuperada pelos órgãos de estado[52].

Por sua vez, o projeto modelo da OEA assevera que a quantificação do valor da recompensa deve ser fixado em laudo pericial e determinado por autoridade competente, em decisão fundamentada que considere, objetivamente, a proporcionalidade do auxílio realizado pelo *whistleblower* na recuperação do patrimônio público:

> Artículo 15. Beneficios por denunciar actos de corrupción.
>
> Las autoridades competentes podrán otorgar beneficios económicos a los denunciantes de actos de corrupción cuando la información proporcionada por los mismos haya permitido la imposición de sanciones pecuniarias de reparación del daño a favor del Estado, o bien haya coadyuvado a la identificación y localización de recursos, derechos o bienes relacionados o susceptibles de ser vinculados con actos de corrupción.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

50 UNITED, STATES, The National. Whistleblower Center. Protect the SEC Whistleblower Program - Save the Dodd-Frank Act. Disponível em < https://www.whistleblowers.org/campaigns/save-the-dodd-frank-act/ >. Acesso em 15.04.2019.

51 UNITED, STATES, The National. Whistleblower Center. Protect the SEC Whistleblower Program - Save the Dodd-Frank Act. Op. cit.

52 CANADA, Republica. Ontario Securities Comission. Office of the Whistleblower. Are you a Whistleblower?. Disponível em https://www.osc.gov.on.ca/en/whistleblower.htm Acesso em 30.04.2019.

> El monto de los beneficios corresponderá hasta el equivalente del […] % del valor de lo recuperado o resarcido, conforme a la tasación realizada por los peritos, y a la decisión de las autoridades competentes que valorarán la relevancia de la información proporcionada.
>
> De ser necesario se harán publicaciones expresas sobre el contenido de este artículo en medios masivos de comunicación.
>
> Estos beneficios no se aplicarán si en el transcurso de las investigaciones se determina que el denunciante ha tenido algún grado de participación en el acto de corrupción que lo haya beneficiado directamente o si este hecho no fue declarado inicialmente.
>
> Los denunciantes de actos de corrupción que sean funcionarios públicos serán sujetos de beneficios de carácter no económico[53].

Já, na plataforma das "Novas Medidas contra a Corrupção" organizada pela Transparência Internacional/FGV, sugere-se que a retribuição pecuniária seja concedida, preenchidas certas condições, como a originalidade do relato e a cominação de sanções em montante superior a 300 salários mínimos, no valor de 10% a 20% do valor das penalidades impostas e do montante fixado

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

53 OEA. Del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf> Acesso em 29.02.2019. "Artigo 15. Benefícios por denunciar atos de corrupção. As autoridades competentes podem conceder benefícios econômicos aos denunciantes de atos de corrupção sempre que a informação por eles fornecida tenha permitido a aplicação de sanções pecuniárias para reparar os danos a favor do Estado, ou tenha contribuído para a identificação e localização de recursos, direitos ou bens relacionados ou suscetíveis a estarem vinculados a atos de corrupção. O montante dos benefícios obtidos é o equivalente a […]% do valor recuperado, conforme a avaliação realizada pelos peritos, e a decisão das autoridades competentes ao valorizarem a relevância da informação proporcionada. Se necessário, as publicações expressas sobre o conteúdo deste artigo serão feitas em meios de comunicação de massa. Esses benefícios não serão aplicados na ausência de investigações que determinem que uma denúncia ou aumento de participação não é um ato de corrupção que teria se beneficiado se não pudesse ser declarado inicialmente. Os denunciantes de atos de corrupção que sejam funcionários públicos serão sujeitos a benefícios de caráter não econômico" (Tradução livre).

para a reparação dos danos[54].

De qualquer modo, para a melhor aplicação do artigo 4º-C, § 3º, da Lei 13.608/2018, é preciso ter a cautela de exigir que um perito examine, de modo objetivo, a participação do informante na recuperação dos recursos desviados do patrimônio público, bem como qual deve ser o valor mais adequado a ser fixado como recompensa, antes da autoridade competente determinar a sua aplicação. Isso evita que recompensas sejam pagas indevidamente ou em montantes desproporcionais, o que, além de desvirtuar o sistema de incentivo financeiro, provocaria lesão ao patrimônio público.

Por fim, também é possível pensar em recompensas não financeiras, como o reconhecimento público, prêmios, promoções no trabalho ou, quando for o caso, pedido de desculpas em público[55]. Contudo, tais medidas implicam na revelação da identidade do *whistleblower* e, por isso, exigem seu consentimento expresso[56].

5. Educação e Corrupção

A Transparência Internacional, a partir de um estudo comparativo das principais legislações do mundo[57], defende o *whistleblowing* como um importante instrumento colaborativo entre a sociedade e os órgãos de controle, na proteção do patrimônio público. Considera que, além da urgência dos países instituírem programas de *whistleblowers*, também há a necessidade de uma conscientização coletiva para a formação da opinião pública na defesa de que denunciar crimes lesivos aos cofres públicos é importante para combater a corrupção e que o silêncio é um fator de proteção para subsistência da impunidade:

> [...] Os denunciantes são inestimáveis na exposição de corrupção, fraude e má administração. A

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

54 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/NovasMedidascontraCorrupcao_Cartilha.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em 31.05.2019.

55 COSTA, Leonardo Dantas. Op. cit.

56 A propósito, no art. 15 do Projeto de Lei 3.165/2015, em tramitação na Câmara dos Deputados, consta: "O juiz competente, de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou administrativa, ou do Ministério Público, determinará o registro de elogio nos assentos individuais do servidor público que colaborar efetivamente para a apuração e repressão de ilícitos por meio da revelação de informação de interesse público, ressaltando sua colaboração para a manutenção da probidade, moralidade e transparência na Administração Pública".

57 INTERNACIONAL, Transparência. Principais Legislações Internacionais sobre o whistleblower. Disponível em < https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation >. Acesso em 11.04.2019.

> divulgação antecipada de atos ilícitos ou o risco de irregularidades podem proteger os direitos humanos, ajudar a salvar vidas e preservar o estado de direito.
>
> Salvaguardas também protegem e encorajam pessoas dispostas a correr o risco de falar sobre corrupção. Devemos levar os países a introduzir uma legislação abrangente de denúncias para proteger aqueles que falam e garantir que suas reivindicações sejam devidamente investigadas. Empresas, órgãos públicos e organizações sem fins lucrativos devem introduzir mecanismos para relatórios internos. E as represálias no local de trabalho contra denunciantes devem ser vistas como outra forma de corrupção.
>
> A educação pública também é essencial para desestigmatizar a denúncia de irregularidades, para que os cidadãos compreendam como a divulgação do erro beneficia o bem público. Quando testemunhas de corrupção estão confiantes sobre sua capacidade de denunciá-lo, indivíduos corruptos não podem se esconder atrás do muro de silêncio[58].

Com efeito, a educação para o exercício da cidadania é indispensável para transformar a realidade, ampliar o controle social, empoderar os cidadãos e encorajá-los a exercerem o direito de relatar informações sobre crimes contra a Administração Pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Não basta ter leis adequadas para prevenir e combater a corrupção. A população deve agir na defesa dos direitos fundamentais, na ótima aplicação dos recursos públicos e na apuração de atos ilícitos.

Quem enriquece mediante desvio de dinheiro público prejudica o financiamento das políticas públicas indispensáveis à promoção da segurança, saúde e educação públicas. Os *whistleblowers* são peças fundamentais para a investigação dos fatos que envolvem esquemas de corrupção. Logo, o

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

58 Idem. Ibidem.

cidadão que conhece atos ilícitos cometidos por seu superior hierárquico ou por colegas de trabalho não pode ser impedido ou deixar de ser protegido para levar, seja pelos canais internos de *compliance* seja diretamente às autoridades públicas ou mesmo aos meios de comunicação, as informações necessárias para a punição dos atos ilícitos. Assim, o *whistleblowing* é um mecanismo de participação democrática e de controle social voltado a aprimorar a ética pública e a incentivar a criação de uma cultura de vigilância recíproca e de um ambiente favorável de cooperação para a prevenção e repressão de atos ilícitos.

O envolvimento da sociedade é pressuposto para que o Brasil avance no combate à corrupção[59]. Operações como a Lava Jato mostraram que a corrupção é sistêmica, tem enriquecido empresários e políticos, bem como causado atrasos ao desenvolvimento do país. Entretanto, mesmo depois de deflagradas essas operações, muitos criminosos, que estavam sendo investigados, permaneceram cometendo crimes. Isso porque a forma de investigação precisa ser aperfeiçoada, as penas desses crimes endurecidas e as garantias processuais mitigadas (*v.g.*, como a possibilidade de execução da pena após confirmação do acordão penal condenatório na segunda instância) para não continuar gerando mais criminalidade e impunidade.

O respeito aos valores éticos e ao bem comum dependem de leis rígidas que combatam a corrupção, mas também da certeza de que as sanções serão aplicadas, em especial contra aqueles que praticam os denominados "crimes do colarinho branco". É importe, com isso, também ressaltar a honestidade como um valor fundamental e benéfico para o convívio social, sem o qual o desenvolvimento humano e social ficam comprometidos.

É preciso investir na educação para o exercício da cidadania, para que, mesmo pequenos atos de corrupção, sejam prevenidos e repreendidos. Isso para que, a médio ou longo prazo, uma cultura de defesa do patrimônio público, dos direitos fundamentais, da democracia e da justiça social se consolidem e possam transformar a sociedade[60].

Aliás, como bem ressaltou Rodrigo Chemim, "*a sabedoria popular já sentenciou: se quisermos um mundo melhor para nosso filhos, precisamos decidir que filhos deixaremos para o nosso mundo*"[61].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

59 DALLAGNOL, Deltan. A luta contra a corrupção. A Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro: Editora Primeira Pessoa, 2017.

60 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª Ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 700.

61 CHEMIM, Rodrigo. Mãos Limpas e Lava Jato. A corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: Editora Citadel, 2017. p. 257.

Sem a efetiva educação para o exercício da cidadania e um projeto de modificação da cultura do "jeitinho brasileiro", programas como o *whistle-blowing* dificilmente terão sucesso na inibição e na responsabilização da corrupção no Brasil.

6. Conclusão

A presente pesquisa buscou enfatizar a alteração na Lei 13.608/2018, pelo Pacote Anticrime. Seguindo o exemplo de outros países mais avançados no combate ao crime organizado e à corrupção sistêmica, a Lei 13.964/2019 contemplou o instituto do *whistleblowing* no Brasil.

Tal técnica investigativa é apoiada por diversas organizações internacionais, como as Nações Unidas, a OEA e a Transparência Internacional, por ser uma medida eficiente de redução dos índices de corrupção.

Buscou-se contextualizar o instituto do *whistleblowing* no contexto da experiência estrangeira, da doutrina e da jurisprudência, a fim de aprimorar as ideias trazidas no Projeto Anticrime.

Contudo, a partir da adoção do instituto no Brasil, o Congresso Nacional, inclusive mediante a análise de outros projetos de lei sobre o assunto (como o PLC 3.165/2015), pode aperfeiçoar o Pacote Anticrime e aprimorar a legislação brasileira.

A partir de escândalos como o do Mensalão e da Lava Jato a população saiu às ruas e mais de 1,5 milhão de assinaturas foram colhidas no projeto de iniciativa popular (Dez medidas contra a Corrupção). Uma das medidas propostas era a do Informante Confidencial que, em alguma medida, se assemelha ao *Whistleblower*. Apesar do grande apelo popular, o projeto (PLC 4850/2016) foi desfigurado pela Câmara dos Deputados, na votação realizada na madrugada do dia 30 de novembro de 2016. Isto é, apenas quatro das dez propostas foram aprovadas e, ainda, houve a inclusão de artigo que prevê a punição de juízes e membros do Ministério Público que cometam abuso de autoridade. No Senado Federal (PLC 27/2017), o projeto ainda não foi votado.

No Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional, de 2019, o Brasil ocupa a 106ª colocação entre 180 países avaliados. É a pior avaliação do país desde 2012, quando os dados começaram a ser comparados ano a ano, e representa a 5ª queda anual seguida[62].

Apesar de esforços realizados em Operações como a Lava Jato e da ampla mobilização popular, o Brasil não está enfrentando adequadamente as causas da corrupção sistêmica que impedem o desenvolvimento do país no

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

62 TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrução 2019. Disponível em https://transparenciainternacional.org.br/ipc/. Acesso em 07.07.2020.

Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), compilado pela Organização das Nações Unidas. O Brasil se encontra na posição de número 79, entre os 189 países avaliados.

É, portanto, urgente que o Poder Legislativo discuta e vote as medidas de aprimoramento do sistema penal e processual brasileiro, que possam melhorar a prevenção e a repressão dos atos lesivos ao patrimônio público, a fim de que mais recursos possam ser investidos na melhoria dos serviços prestados ao cidadão brasileiro. Em relação aos *whistleblowers*, após a aprovação do Pacote Anticrime, é necessário que a Lei 13.608/2018 seja regulamentada, para que fique mais clara a atuação do informante do bem, inclusive, quanto a sua forma de premiação.

7. Referências

ARRAS, Vladimir. Whistleblowers, informantes e delatores anônimos. In: A jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: temas relevantes. Coord. Viviana Damiani Zanellato. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BANISAR, David “Whistleblowing: International Standards And Developments”. Disponível em
<http://ssrn.com/abstract=1753180>. Acesso em 15.01.2019.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Corrupção como fenômeno supra legal. Curitiba: Juruá, Curitiba, 2017.

BRASIL, Planalto. Decreto nº 5. 687 de 2006 - Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Acesso em 29.03.2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm >.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE 1120771 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 05/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 05-11-2018 PUBLIC 06-11-2018.

CASTILHO, Diego Gomes. Whistleblowing: Principais características e vantagens. O que o Brasil está efetivamente perdendo? In: Corrupção como fenômeno supra legal. Coord. Luiz Henrique Sormani Barbugiani. Curitiba: Juruá, Curitiba, 2017.

CAMBI, Eduardo, GUARAGNI, Fábio André. Ministério Público e Princípio da

Proteção Eficiente. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. 3ª ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2020.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d´Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOKILOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil completo. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019.

CAMBI, Eduardo; KICHILESKI, Gustavo Carvalho. Whistleblowing no pacote anticrime. Revista dos Tribunais, vol. 1006, ago/2019.

CANADA, Republica. Ontario Securities Comission. Office of the Whistleblower. Are you a Whistleblower?. Disponível em https://www.osc.gov.on.ca/en/whistleblower.htm Acesso em 30.04.2019.

CHEMIM, Rodrigo. Mãos Limpas e Lava Jato. A corrupção se olha no espelho. Porto Alegre:, 2017.

COSTA, Leonardo Dantas. Whistleblowing como instrumento de combate à corrupção: delineamento do instituto e a pertinência de uma legislação fomentadora de denunciações internas na Administração Pública brasileira. Revista brasileira de ciências criminais [RT on line], vol. 150, dez. 2018.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informante confidenciais e anônimos: perspectivas para atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In: Ministério Público e princípio da proteção eficiente. Org. Eduardo Cambi e Fábio Guaragni. São Paulo: Almedina, 2016.

DALLAGNOL, Deltan. A luta contra corrupção. A Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade. Rio de Janeiro: Editora Primeira Pessoa, 2017.

DOYLE, Charles. Qui Tam: The False Claims Act and Related Federal Statutes, Congressional Research Service, 6 ago.2009. Disponível em: [www.fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf]. Acesso em: 30.04.2019.

FERREIRA, Luciano Alberto et al. Whistleblowing no Brasil: uma análise das soluções de lege ferenda para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Ciências Criminais, vol. 147, set./2018.

FERREIRA, Luciano Alberto; SILVA, Marcos Pereira da; SANTOS, Verçulina Firmino dos. Whistleblowing no Brasil: uma análise das soluções de lege ferenda para internalização da delação externa no ordenamento jurídico brasileiro. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 147, set./2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/NovasMedidascontraCorrupcao_Cartilha.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em 31.05.2019.

GODOY, Andre Ricardo. Whistleblowing no direito penal brasileiro: análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Revista de Ciências Criminais [RT on line], vol. 134, ago./2017.

GUALTIERI, Lucas de Morais. O informante Confidencial como instrumento de combate à corrupção. In: Temas atuais do Ministério Público Federal. Org. Edilson Vitorelli. Salvador: JusPodivm, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. O jogo sujo da corrupção. Bauru: Astral cultura, 2017.

INTERNACIONAL, Transparência. Problemas e soluções sobre o whistleblower. Disponível em < https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation >. Acesso em 11.04.2019.

INTERNACIONAL, Transparência. Principais Legislações Internacionais sobre o whistleblower. Disponível em < https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation >. Acesso em 11.04.2019.

INTERNACIONAL, Transparência. Índice de Percepção da Corrução 2019.https://transparenciainternacional.org.br/ipc/. Acesso em 07.07.2020.

JUSTICE, Departament of. US. FBI. Disponível em < https://www.fbi.gov/news/stories> Acesso em 29.03.2019.

KICHILESKI, Gustavo Carvalho. O informante confidencial como desafio da persecução penal e a transformação cultural. Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Violência e Crimonologia. Jacarezinho, PR. UENP, 2017.

KICHILESKI, Gustavo Carvalho. O informante confidencial no enfrentamento

à macrocriminalidade. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA, Curitiba-PR, 2018.

LLP, KOHN, KOHN & COLAPINTO. Our Attorneys Won the Landmark Case Establishing Whistleblower Protection for FBI Agents. Disponível em < https://www.kkc.com/whistleblower-protection/establishing-rights-for-fbi-agents > Acesso em 29.03.2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Do processo e julgamento. In: Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Org. Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

OEA. Del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos. Disponível em : < http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf> Acesso em 29.03.2019.

RÁGUES I VALLÈS, Ramon. Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2013.

RÁGUES I VALLÈS, Ramon. Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. Disponível em https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121389/167837 Acesso em 28.04.2019.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. 4ª ed. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

SOUZA, Renne Do ó . Lei Anticrime: Comentários à lei nº 13.964/2019. Editora D’ Plácido. São Paulo, 2020.

STF. HC 100430, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 24-08-2012 PUBLIC 27-08-2012

UNITED STATES, OAS, Rule 101.11. Procedures for Whistleblowers and Protections Against
Retaliation. Disponível em <http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc.>
Acesso em 28.02.2019.

UNITED, STATES, Nações Unidas, The United Nations Convention against Corruption Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, p. 71/72, disponível em: <https://www.unodc.org/ documents/corruption/Publications/2015/15- 04741_Person_Guide_eBook.pdf>. Acesso em 28.02.2019.

UNITED, STATES, Supreme Court Adams v. Williams, 407 U.S. 143 (1972). Disponível em <
https://www.supremecourt.gov/>. Acesso em 05/02/2019.

UNITED, STATES, Supreme Court. McCray v. Illinots, 386 U.S. 300 (1967). Disponível em <
https://www.supremecourt.gov/>. Acesso em 05/02/2019.

UNITED STATES, OAS, Rule 101.11. Procedures for Whistleblowers and Protections Against Retaliation. Disponível em http://www.oas.org/legal/english/gensec/EXOR1403_APPENDIX_A.doc. Acesso em 28.02.2019.

UNITED, STATES, The National. Whistleblower Legal Defense & Education Fund. Disponível em <https://www.whistleblowersblog.org/2018/03/articles/tax-whistleblowers/irs-whistleblowers-to-receive-12-9-million-award/ > Acesso em 14.04.2019.

UNITED, STATES, The National. Whistleblower Center. Protect the SEC Whistleblower Program - Save the Dodd-Frank Act. Disponível em < https://www.whistleblowers.org/campaigns/save-the-dodd-frank-act/ >. Acesso em 15.04.2019.

VAUGHN, Robert G., State Whistleblower Statutes and the future of whistleblower protection, 51 Administrative Law Review, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1985.

PACOTE ANTICRIME E BANCO DE PERFIS GENÉTICOS

Eduardo Cambi[1]
Leticia de Andrade Porto[2]

SUMÁRIO

RESUMO

Trata-se de artigo sobre a constitucionalidade da obrigatoriedade da exigência de extração de perfil genético dos condenados por crimes graves contra a pessoa e por crimes hediondos. Baseado no método dedutivo, consubstanciado no exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais, a pesquisa pretende examinar as regras contidas na Lei 12.654/12 e aprimoradas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19). O Supremo Tribunal Federal conferiu à questão Repercussão Geral no RE 973.837/MG, ainda pendente de julgamento, sendo oportuno o diálogo com o direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Banco de perfis genéticos; DNA; Meio de prova; Investigação e processo penal.

1. Introdução

A obrigatoriedade de coleta de material genético para composição do banco de perfis genéticos, para condenados por crimes hediondos e cometidos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Promotor de Justiça (MPPR). Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná.

2 Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Estagiária de Pós-Graduação do Ministério Público do Paraná.

com violência contra pessoa, idealizado na Lei 12.654/12 e aprimorado pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), tem aberto divergências quanto ao seu alcance e impacto aos indivíduos e à sociedade.

A discussão sobre o princípio da não autoincriminação (art. 5º, inc. LXIII, CF) culmina na ponderação entre a privacidade do condenado e a necessidade de interferência na esfera íntima das pessoas para a prevenção e elucidação de delitos futuros ou pendentes de resolução.

A edição do Pacote Anticrime trouxe mudanças significativas para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo quanto a possibilidade de exclusão do material genético do banco de dados - vinte anos após o cumprimento da pena e mediante requerimento do interessado - e a caracterização de falta grave quando da negativa do custodiado em fornecer seu material genético para integrar o banco de dados.

Foi utilizado para a elaboração da presente pesquisa o método dedutivo, consubstanciado no exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais. Por meio de um procedimento dialético, o artigo busca analisar a obrigatoriedade de extração de DNA de condenados por crimes hediondos e violentos contra a pessoa, em razão das novidades trazidas e seus desdobramentos no funcionamento do Banco de Perfis Genéticos, por meio de um diálogo entre cortes, fazendo a comparação de julgados estrangeiros com a jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil.

2. O Pacote Anticrime e os impactos na legislação brasileira

A Lei 13.964/19 trouxe importantes inovações no sistema processual penal brasileiro, regulamentando a persecução e a execução penal, e modernizando as técnicas de obtenção de provas, incluindo meios para a melhor implementação de um banco de perfil genético.

A criação do banco de perfil de dados genéticos, apto a armazenar o DNA das pessoas que cometeram crimes dolosos graves, ocorreu com a Lei 12.654/12, que modificou tanto a Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado (regulamentando o art. 5º, inc. LVIII, da CF), quanto a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

O Pacote Anticrime fez modificações no art. 7º-A e seguintes da Lei 12.037/09 para acrescentar também o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais[3].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 ‘’Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) I - no caso de absolvição do acusado; ou II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte)

O prazo de exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados, que anteriormente não estava disciplinado, é de vinte anos após o cumprimento da pena, mediante requerimento do condenado (art. 7º-A, inc. II, da Lei 12.037/09).

Porém, ao estabelecer um longo prazo a partir do qual se pode fazer o requerimento para a remoção dos dados genéticos do cadastro, traz questionamentos quanto a eventual violação do *direito ao esquecimento*, uma vez que o condenado deve arcar com as consequências da condenação mesmo após o cumprimento integral da pena.

Por outro lado, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do suspeito também pode se dar no início das investigações policiais,

---

anos do cumprimento da pena.
Art. 7o-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.
Art. 7º-C. Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.
§ 1º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.
§ 2º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.
§ 3º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal.
§ 4º Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal.
§ 5º Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil.
§ 6º No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular.
§ 7º A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes de outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora.
§ 8º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.
§ 9º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado.
§ 10. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.
§ 11. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. BRASIL. Lei n. 12.037, de 1 de outubro de 2009 (modificada pela Lei n. 13.964/19).

independentemente do delito praticado, quando a identificação criminal for essencial, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (arts. 3º, inc. IV, e 5º da Lei 12.037/09).

Ocorre que, após decisão penal condenatória nas hipóteses de crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (art. 9º-A, da Lei 7.210/84)[4], a extração do perfil genético é compulsória, isto é, um efeito automático da condenação, prescindindo de decisão judicial específica e cuja recusa caracteriza falta grave (art. 9º-A, §§ 4º e 8º, da Lei 7.210/84)[5].

O dever de extração do DNA do condenado pelos crimes supracitados, seja quando do cumprimento da pena, ou no momento do ingresso no estabelecimento prisional, levanta questionamentos por eventual violação do direito à intimidade (art. 5º, inc. X, CF).

Afirma-se, ainda, que tal exigência fere a presunção da inocência e da não autoincriminação, quando realizada antes do trânsito em julgado (art. 5º, incs. LVII e LXIII). Logo, é necessário estabelecer um diálogo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, como regra, impede o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado[6], para, então, exigir o fornecimento do ma-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 ''Art. 9o-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor''. BRASIL. Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

5 ''Art. 9-A [...] § 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. (...) § 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético''. BRASIL. Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

6 ''[...] o processo penal condenatório não constitui nem pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal.Não exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, pois – insista-se – o Estado, ao delinearum círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder perpetrado por agentes e autoridades estatais. [...] Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo "status poenalis", a ostentar a condição de culpado. [...] o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades''. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/ DF. Plenário. Voto do Ministro Celso de Mello. j. 07.11.2019.

terial genético.

Tampouco se pode ignorar as consequências jurídicas para o condenado que se nega a fornecer seu material genético para integrar o banco de dados. Afinal, ao lhe imputar falta grave (Art. 9º-A, § 8º, da Lei de Execuções Penais), isso gera uma série de efeitos graves no cálculo da execução de sua pena, como a interrupção do prazo para progressão de regime de cumprimento de pena (art. 112, § 6º, da LEP), a suspensão do benefício de saída temporária (art. 125 da LEP) e a revogação de até ⅓ do tempo remido pelo juiz da execução penal (art. 127 da LEP).

3. O banco de perfis genéticos na jurisprudência da suprema corte norte-americana

Nos Estados Unidos, o banco de perfis genéticos é amplamente difundido e utilizado como meio de prova no sistema penal. Há, contudo, uma série de críticas e opiniões sobre seu uso, sobretudo pelo amplo acesso dos dados pela polícia.

No caso *Maryland Vs. King*[7], a Suprema Corte norte-americana declarou constitucional a retirada de DNA de um detento que cumpria pena por lesão corporal, em 2009, por meio de amostra salivar. Esse material genético, quando comparado com outros constantes do Banco de Perfis Genéticos do estado de Maryland, mostrou-se compatível com a investigação de um crime de estupro, ocorrido em 2003, e que pendia de resolução. Por conta dessa conexão, Alonzo Jay King Jr. foi indiciado e responsabilizado pelo delito.

Em sua defesa, King argumentou que o procedimento não encontrava respaldo na Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos[8]. Todavia, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou o procedimento compatível com a Constituição, ao concluir que a busca ou apreensão não foi arbitrária, em função dos interesses estatais preponderarem em relação à comparação da amostra do DNA quando do cometimento de crimes envolvendo violência e/ou agressão. Ademais, tendo em conta os interesses da justiça, afirmou que ''identificar um preso como um perpetrador de alguns crimes hediondos, pode

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Maryland V. King. No 12-207. Argued February 26, 2013. Decided June 3, 2013. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

8 "O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas".

culminar no efeito salutar de libertar uma pessoa presa injustamente"[9].

A identificação do DNA de pessoas condenadas a crimes hediondos é uma técnica mais avançada em relação àquelas outrora utilizadas pela polícia, como a identificação de impressões digitais. Nos Estados Unidos, é comum que a polícia se sirva de técnicas de identificação de presos, sendo uma das etapas administrativas incidentes que constituem a prisão.

Pouco se fala no direito à privacidade do preso quando da retirada das suas impressões digitais, ainda quando não são tão precisas para o cruzamento de dados em relação a outros delitos. Conforme a decisão no caso *Maryland Vs. King*, a coleta de DNA é um meio de identificação mais preciso e eficaz que a impressão digital:

> A identificação do DNA é um avanço importante nas técnicas há muito usadas pela polícia para servir a interesses legítimos da polícia. A polícia tem usado rotineiramente avanços científicos como procedimentos padrão para identificar detidos. A impressão digital, talvez o análogo histórico mais direto da tecnologia do DNA, desde o seu surgimento foi vista como uma parte natural das "etapas administrativas necessárias para deter". County of Riverside v. McLaughlin, 500 U. S. 44, 58. No entanto, a identificação do DNA é muito superior. A intrusão adicional na privacidade do preso além da associada à impressão digital não é significativa e a identificação do DNA é notavelmente mais precisa. Pode não ser tão rápida quanto as impressões digitais, mas a análise rápida das impressões digitais é, por si só, recente, e a questão de quanto tempo leva para processar as informações de identificação vai para a eficácia da pesquisa com o objetivo de identificação rápida, não a constitucionalidade da procurar. Os rápidos avanços técnicos também estão reduzindo os tempos de processamento de DNA[10].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 "Finally, in the interests of justice, identifying an arrestee as the perpetrator of some heinous crime may have the salutary effect of freeing a person wrongfully imprisoned". Ibid.

10 "DNA identification is an important advance in the techniques long used by law enforcement to serve legitimate police concerns. Police routinely have used scientific

Em *Maryland Vs. King*, prevaleceu a preponderância do interesse público, o alto grau de efetividade da identificação e a elucidação de crimes por meio da coleta de DNA. Constitui parte do processo administrativo da prisão a identificação do detento quando da prática de crimes hediondos e/ou realizados com violência, razão pela qual a amostra salivar removida não se mostra intrusiva, sendo que a privacidade do indivíduo é diminuída quando ele é preso:

> Em comparação com o interesse substancial do governo e a eficácia única da identificação de DNA, a intrusão de um cotonete para obter uma amostra de DNA é mínima. A razoabilidade deve ser considerada no contexto das expectativas legítimas de privacidade de um indivíduo, que necessariamente diminuem quando ele é levado sob custódia da polícia. Tais buscas diferem, portanto, das chamadas buscas de necessidades especiais de, por exemplo, motoristas cumpridores da lei nos postos de controle. Ver Indianapolis v. Edmond, 531 EUA. 32. A investigação da razoabilidade considera duas outras circunstâncias em que suspeitas particulares não são categoricamente necessárias: "expectativas diminuídas de privacidade [e] uma intrusão mínima". Illinois v. McArthur, 531 US 326, 330. Uma cirurgia invasiva pode suscitar preocupações de privacidade suficientemente pesadas para que a busca exija um mandado, apesar das expectativas de privacidade diminuídas do preso, mas um cotonete bucal, que envolve uma intrusão breve e mínima com "virtualmente sem risco, trauma ou dor ",

---

advancements as standard procedures for identifying arrestees. Fingerprinting, perhaps the most direct historical analogue to DNA technology, has, from its advent, been viewed as a natural part of "the administrative steps incident to arrest." County of Riverside v. McLaughlin, 500 U. S. 44, 58. However, DNA identification is far superior. The additional intrusion upon the arrestee's privacy beyond that associated with fingerprinting is not significant, and DNA identification is markedly more accurate. It may not be as fast as fingerprinting, but rapid fingerprint analysis is itself of recent vintage, and the question of how long it takes to process identifying information goes to the efficacy of the search for its purpose of prompt identification, not the constitutionality of the search. Rapid technical advances are also reducing DNA processing times''. Ibid.

> Schmerber v. California, 384 US 757, 771, não aumenta a indignidade já associada aos incidentes normais de prisão[11].

Em *Maryland Vs. King*, as autoridades policiais não tinham conhecimento que Alonzo King Jr. teria cometido outros crimes - violentos ou hediondos. Dessa forma, não se podia falar em perseguição policial ou em métodos coercitivos de extração do material genético, uma vez que a identificação por DNA da pessoa detida faz parte do processo administrativo da prisão. Consequentemente, a polícia não tinha a intenção de incriminá-lo, mas apenas de coletar o material genético para alimentar o banco de dados do estado de Maryland e, posteriormente, armazenar e testar a compatibilidade com outros crimes pendentes de investigação.

O estado de Maryland define assassinato, estupro, lesão corporal, sequestro, incêndio, abuso sexual e outros delitos como crimes de violência, o que enseja a obrigatoriedade de extração de DNA de seus supostos autores[12].

Portanto, a coleta do perfil genético tem a possibilidade de exonerar, pelo cruzamento com o DNA da vítima e/ou com os outros vestígios do crime, aquele que foi injustamente preso, e possibilitar a condenação de quem realmente cometeu o delito.

Ao comparar o caso de *Maryland Vs. King* com o ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que não há uniformidade de entendimento quanto à constitucionalidade da obrigatoriedade da coleta de material genético do condenado por crimes violentos contra a pessoa ou crimes hediondos. Aliás, tal questão está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sua repercussão geral sido reconhecida no Recurso Extraordinário 973.837/MG. Em relação aos entendimentos dissonantes e suas justificativas, é imperioso de-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

11 ''By comparison to the substantial government interest and the unique effectiveness of DNA identification, the intrusion of a cheek swab to obtain a DNA sample is minimal. Reasonableness must be considered in the context of an individual's legitimate privacy expectations, which necessarily diminish when he is taken into police custody. Bell, supra, at 557. Such searches thus differ from the so called special needs searches of, e.g., otherwise law-abiding motorists at checkpoints. See Indianapolis v. Edmond, 531 U. S. 32. The reasonableness inquiry considers two other circumstances in which particularized suspicion is not categorically required: "diminished expectations of privacy [and a] minimal intrusion." Illinois v. McArthur, 531 U. S. 326, 330. An invasive surgery may raise privacy concerns weighty enough for the search to require a warrant, notwithstanding the arrestee's diminished privacy expectations, but a buccal swab, which involves a brief and minimal intrusion with "virtually no risk, trauma, or pain," Schmerber v. California, 384 U. S. 757, 771, does not increase the indignity already attendant to normal incidents of arrest. Pp. 23–26''. Ibid.

12 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Maryland V. King. Op.cit.

stacar que a análise mais aprofundada do tema se dará no terceiro capítulo da presente pesquisa.

De qualquer modo, deve-se acrescentar que a polícia nos Estados Unidos investiga o *modus operandi* de criminosos perigosos, terroristas e *serial killers* a partir de um conjunto de informações sobre o histórico dessas pessoas suspeitas.

> O histórico criminal de um suspeito é uma parte crítica de sua identidade que os policiais devem saber ao processá-lo para detenção. É uma ocorrência comum que "[pessoas] detidas por pequenos delitos possam se tornar os criminosos mais desonestos e perigosos. Horas após o atentado em Oklahoma City, Timothy McVeigh foi parado por um policial estadual que percebeu que ele estava dirigindo sem placa. A polícia parou o serial killer Joel Rifkin pela mesma razão. Um dos terroristas envolvidos nos ataques de 11 de setembro foi detido e multado por acelerar apenas dois dias antes do sequestro do voo 93. A polícia já busca essas informações de identificação cruciais[13].

Outro exemplo, ocorreu, durante as décadas de 70 e 80 do século XX, quando o americano Ted Bundy confessou mais de trinta homicídios, todos cometidos contra mulheres jovens. Sua prisão se deu em um contexto totalmente diferente dos crimes por ele cometidos.

Bundy fugia de uma *blitz* policial e teve seu carro apreendido por portar vários artefatos que chamaram a atenção dos policiais, isto é, um par de algemas, uma alavanca de metal, cordas, um pica gelos e uma máscara de esqui.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 ''A suspect's criminal history is a critical part of his identity that officers should know when processing him for detention. It is a common occurrence that "[p]eople detained for minor offenses can turn out to be the most devious and dangerous criminals. Hours after the Oklahoma City bombing, Timothy McVeigh was stopped by a state trooper who noticed he was driving without a license plate. Police stopped serial killer Joel Rifkin for the same reason. One of the terrorists involved in the September 11 attacks was stopped and ticketed for speeding just two days before hijacking Flight 93." Id., at ___ (slip op., at 14) (citations omitted). Police already seek this crucial identifying information''. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Maryland V. King. Op.cit.

> Ao ser fotografado na delegacia, os policiais perceberam sua semelhança com o suspeito que tinha atacado Carol Da Ronch. As algemas encontradas no carro de Bundy eram do mesmo tipo e marca daquelas encontradas no pulso de Carol e o carro, igual ao descrito por ela. A alavanca de metal encontrada no Fusca também era similar àquela descrita pela moça no boletim de ocorrência. Todos os dados encaixavam perfeitamente nos assassinatos de Melissa Smith, Laura Aime e Debra Kent.[14]

Na época, o exame de DNA não estava disponível, sendo escassos os recursos utilizados pela investigação, que se valiam de testemunhos e retratos falados para a resolução de crimes.

Anos após seu julgamento e condenação - o que o levou a pena de morte em 1989 - o número de vítimas de Bundy revelou-se muito maior do que aquele inicialmente confessado.

> Enganou todos à sua volta. No fim, alegava ter se convertido ao cristianismo e se arrependido de seus pecados, mas foi executado sem contar a ninguém a localização dos corpos de algumas de suas vítimas. Deixou sem solução vários crimes que, suspeita-se, sejam de sua autoria, mas fez questão de não esclarecê-los; nem negou, nem confessou. Todos têm muita semelhança com seu *modus operandi* e assinatura. Em muitos, ele estava perto do local dos crimes quando aconteceram, sempre em épocas de grande estresse em sua vida pessoal. Coincidência? Ted Bundy levou esse segredo para o túmulo. Os pais dessas vítimas não conseguiram jamais acreditar em sua regeneração, pois nunca puderam enterrar os corpos de suas filhas queridas[15].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

14 CASOY, Ilana. Arquivos serial killers: Louco ou cruel. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2017. p. 105.

15 Idem, p. 97-98.

Devido à extração do DNA de Ted Bundy, em 1978, amostra que permaneceu armazenada por mais de trinta anos no Tribunal de origem, os investigadores de todo o país puderam comparar seus dados com o DNA coletado de vítimas de crimes não resolvidos desde 2011[16].

Outra questão interessante é a utilização do perfil genético para reverter casos de inocentes condenados, sendo um dos pontos positivos da tecnologia a favor da obtenção da verdade e da promoção da justiça.

Infelizmente, casos de inocentes que são condenados injustamente à pena de morte nos Estados Unidos ganham destaque na mídia todos os anos[17]. Devido à tecnologia comparada do DNA e do banco de perfil genético, muitos réus são inocentados ainda em sede de julgamento, não permitindo que venham a cumprir pena injustamente.

Desde sua popularização como meio de prova, em 1989, as amostras de DNA são cada vez mais utilizadas pelos tribunais norte-americanos. A organização *National Registry of Exonerations*, da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan (EUA), divulga, anualmente, relatórios sobre a libertação de presos inocentes nos Estados Unidos. Apenas em 2013, foram libertados 87 presos inocentes, que passaram quase 20 anos na prisão. Dentre as causas envolvidas para a condenação indevida, destacam-se a falsificação de provas, testemunhos inverídicos e má conduta policial[18].

Por exemplo, em 2018, um caso julgado pelo Tribunal da Califórnia absolveu um homem que estava cumprindo pena há mais de 20 anos injustamente. Horace Roberts havia sido condenado pelo crime de homicídio contra sua namorada, em 1998. Com a ajuda do *California Innocence Project*, Roberts foi incluído na lista das 362 pessoas inocentadas com base nas evidências produzidas por DNA. É interessante observar que, desse total de pessoas ab-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 GOODE, Erica. DNA profile of Ted Bundy gives hope to old cases. The New York Times. 9 ago. 2011. Acesso em: 8 jun. 2020. Disponível em: https://www.nytimes.com/2011/08/10/us/10bundy.html.

17 A título de ilustração, no filme Just Mercy: A Story of Justice and Redemption, traduzido no Brasil para “A Luta por Justiça” (2019), narra-se a história de Walter McMillian, conhecido como Johnny D., que foi preso e condenado à pena de morte pelo homicídio de uma mulher de 18 anos no estado do Alabama em 1987. Somente em 1993, após seis anos preso, o Alabama Court of Criminal Appeals reverteu a condenação. Estudo realizado por Samuel R. Grossa, Barbara O’Brienb, Chen Huc e Edward H. Kennedy estima que uma a cada 25 pessoas foram condenadas injustamente à pena de morte nos Estados Unidos, entre 1973 e 2004 (Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death. Acesso em: 11 jul. 2020. Disponível em: https://www.pnas.org/content/pnas/111/20/7230.full.pdf).

18 MELO, João Ozório de. Estudo mostra porque inocentes são condenados à prisão. Revista Consultor Jurídico, 16 fev. 2014. Acesso em: 11 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-16/estudo-mostra-porque-tantos-inocentes--sao-condenados-prisao-eua

solvidas, os afro-americanos compõem ▯ dos exonerados de suas penas, totalizando 222 dos 362 inocentados.

No caso de Horace Roberts, o DNA debaixo das unhas da vítima foi coletado e o resultado não mostrou compatibilidade com o indivíduo considerado culpado pelo homicídio. Todavia, aquela amostra de DNA revelou-se inconclusiva, porque não possuía material suficiente para ser submetido ao banco de perfil genético norte-americano (*CODIS - Combined DNA Index System*), não podendo ser cruzado com outros dados genéticos coletados no mencionado banco.

Depois de algumas tentativas, outras provas foram submetidas à análise, como o sutiã, meias, jeans e sapatos da vítima, o que garantiu uma quantidade maior de material genético e permitiu a identificação do real criminoso, culminando na sua prisão e, consequente, libertação de Horace Roberts[19].

Questão ainda mais intrigante e que ultrapassa os meios de provas legais, bem como desafia a proteção contida na garantia do devido processo legal, ocorreu em meados de 2019 e chamou a atenção pela forma como o perfil genético foi utilizado para resolver o caso.

O DNA não foi retirado de um suspeito, diretamente ligado ao crime, mas adveio de um *site* de genealogia genética que busca familiares por meio da inserção de dados genéticos, voluntariamente, de seus usuários. Esses *sites* prometem realizar testes de DNA *online*, a partir da amostra de saliva coletada pelo próprio usuário, que busca resgatar sua árvore genealógica.

Porém, esse *site*, que compila testes caseiros, foi utilizado como meio de prova hábil a desvendar um crime cometido em 1987, e que pendia de solução até 2019. A amostra de DNA recolhida na cena do crime cometido - um brutal assassinato de um casal de jovens canadenses no estado de Washington (EUA) - não obteve resultados conclusivos no banco de perfis genéticos do FBI.

Com a popularização dos *sites* que testam DNA com fins genealógicos, um genealogista realizou a pesquisa com o perfil genético do suspeito - coletado na cena do crime -, tendo obtido êxito e encontrado dois primos dele. O mapeamento genético pesquisou por genes similares àquele inserido na base de dados *online*. Desse modo, a polícia chegou ao suspeito do crime, tendo posteriormente repetido o teste e analisado o perfil genético, o que resultou na sua condenação por um delito cometido em 1987[20].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

19 GARCIA, Sandra E. DNA Evidence exonerates a man of murder after 20 years in prison. The New York Times. 16 out. 2018. Acesso em: 11 jun. 2020. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/10/16/us/20-years-exonerated-dna-prison.html

20 LOPES, Débora. Teste de DNA caseiro condena assassino após 30 anos. Agora, qual o limite? 29 jul. 2019. Acesso em: 12 jun 2020. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/07/29/teste-de-dna-caseiro-condena-assassino-apos-30-anos-e-agora-ha-limite.htm

No entanto, esse caso põe em cheque as provas coletadas e analisadas no âmbito processual. Isso porque, ao se permitir que um banco de dados *online* e caseiro seja utilizado como meio apto a direcionar uma investigação criminal, não há que se falar unicamente em violação da intimidade do suspeito, mas também questionar eventual infringência à garantia do devido processo legal, por inserir novos modos de prova que são de credibilidade duvidosa, além da extração de dados sem mandado judicial. Há o risco - real e iminente - de confecção e falsificação dessas provas, sobretudo pela facilidade em ''sintetizar sequências customizadas de DNA''[21], dando origem a um DNA sintético, diferente daquele coletado originalmente.

Entretanto, o fato de o *site* permitir acesso a qualquer pessoa não importa em objeção quanto à legitimidade para a extração de dados da sua base de pesquisa. É evidente que o intuito do usuário do sistema *online* é buscar ancestrais para formar sua árvore genealógica, não almejando que esse serviço sirva para a apuração de crimes não resolvidos. Quando os dados genéticos são inseridos neste serviço *online*, não é apenas o usuário individual que se expõe, mas toda sua família, a qual possui uma sequência de DNA parecida e compatível entre si.

Em razão das críticas recebidas e do alcance do caso, o *site* em questão (GEDmatch) decidiu alterar suas condições de uso, para que seus usuários autorizem, ou não, que a polícia possa ter acesso aos dados fornecidos por eles. Embora apenas 75.000 pessoas tenham concordado com os novos termos de uso, em 2019, as autoridades americanas já dispunham de mais de um milhão de perfis genéticos - soma que cobre um número considerável da população norte-americana[22].

Quando essa situação é trazida para análise do direito brasileiro, a investigação de crimes esbarra nas regras previstas na Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei 13.709/2018). Isso porque a proteção dos dados sensíveis engloba os dados genéticos ou biométricos de pessoa física[23].

A questão repousa no armazenamento e utilização dos dados genéticos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 LOPES, Débora. Teste de DNA caseiro condena assassino após 30 anos. Agora, qual o limite? Op.cit. Citação de Shridhar Jayanthi, especialista em biologia sintética e colunista do UOL.

22 AGENCE FRANCE-PRESSE. Primeiro julgamento nos EUA de acusado encontrado pelo DNA de familiares. 17 jun. 2019. Acesso em: 12 jun 2020. Disponível em: https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/mundo/primeiro-julgamento-nos--eua-de-acusado-encontrado-pelo-dna-de-familiares-1.346014

23 ''Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural''. BRASIL. Lei 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

sem o consentimento do usuário, o que contraria a LGPD. Ao se olhar para o caso da utilização do *site* de genealogia genética nos Estados Unidos, não houve mandado judicial para o uso e comparação do perfil genético. No Brasil, a LGPD prevê a possibilidade de tratamento dos dados pessoais quando oriundos de obrigação legal[24], não sendo possível a sua utilização ao livre arbítrio da autoridade policial ou judicial.

À luz da jurisprudência norte-americana, o caso *Association for Molecular Pathology et al V. Myriad Genetics, Inc, et al.*, julgado em junho de 2013, pela Suprema Corte dos Estados Unidos trouxe à tona a possibilidade de patenteamento de DNA sintético.

Nesse julgamento, conclui-se que o DNA, encontrado nas células humanas, é produto da natureza, não podendo ser objeto de patente somente porque foi isolado em laboratório. Por outro lado, o DNA sintético, por não revelar características naturais, pode ser patenteado.

> Um segmento de DNA que ocorre naturalmente é um produto da natureza e não é elegível para patente apenas porque foi isolado, mas o DNA é elegível para patente porque não ocorre naturalmente.[25]

Portanto, esse caso permitiu alcançar o entendimento de que o DNA não é uma propriedade e, por isso, não pode ser patenteada. O mapeamento genético contém dados valiosos que revelam doenças pré-existentes e informações genealógicas sobre o indivíduo e sua família. Logo, quando o usuário insere seu DNA para testagem nos *sites* privados norte-americanos não apenas submete sua informação genética, como também amplia a possibilidade de alcance para sua família, que possui identificação genética similar a sua[26].

Nesse sentido, o caso do *serial killer* Joseph DeAngelo, conhecido como

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

24 ''Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador” BRASIL. Lei 13.709/18. Op.cit.

25 ''A naturally occurring DNA segment is a product of nature and not patent eligible merely because it has been isolated, but DNA is patent eligible because it is not naturally occurring''. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. ASSOCIATION FOR MOLECULAR PATHOLOGY ET AL.v. MYRIAD GENETICS, INC., ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT. No. 12–398. Argued April 15, 2013—Decided June 13, 2013. Acesso em: 15 jun. 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398_1b7d.pdf

26 SCUTTI, Susan. What the Golden State Killer case means for your genetic privacy. CNN. 1 mai. 2018. Acesso em: 15 jun. 2020. Disponível em: https://edition.cnn.com/2018/04/27/health/golden-state-killer-genetic-privacy/index.html

The Golden State Killer, só conseguiu um desfecho pelo cruzamento de dados genéticos em *sites* privados de buscas genealógicas.

Responsável por, ao menos, 13 assassinatos, 50 estupros e mais de 100 assaltos na Califórnia, entre 1974 e 1986, DeAngelo foi descoberto em razão da comparação do DNA retirado da cena do crime e importado para o *site* de pesquisa genealógica. Quase 1 milhão de perfis genéticos se mostraram compatíveis com o DNA coletado, o que foi motivo de filtragem pelos investigadores, levando em consideração o local dos crimes, a idade aproximada do suspeito e a relação de parentesco entre as amostras[27].

Diante disso, o alcance das provas coletadas pela polícia deve ser determinado pela lei. Cabe ao Congresso dos Estados Unidos legislar sobre a possibilidade, ou não, da utilização das bases de dados constantes em *sites* privados de genealogia para encontrar suspeitos de crimes. É necessário, pois, que se encontre um equilíbrio entre o interesse público na solução de crimes e a intimidade daqueles que fornecem material genético para fins particulares, não se mostrando plausível a utilização dessas informações para perseguir crimes não cometidos com violência[28].

4. O uso do banco de perfis genéticos no Brasil

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo o uso da prova de DNA em diferentes casos: reconhecimento de paternidade, geração do direito de herança e também a identificação de suspeitos de crimes.

Antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), o STJ já analisou a possibilidade de extração do DNA para a resolução de crimes cometidos com violência - como homicídios sem a localização do corpo[29].

De início, é importante ressaltar a discussão envolvendo os crimes que ensejam a obrigatoriedade de coleta do DNA. Durante a elaboração da Lei 12.654/12, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal emitiu parecer sugerindo a inclusão do termo ''violência de natureza grave'' na redação do art. 9-A da LEP. Desse modo, restaria clara a exclusão da obrigação da coleta de material genético daqueles condenados por crime de lesão

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 KAISER, Jocelyn. We will find you: DNA search used to nab Golden State Killer can home in on about 60% of white Americans. Science Magazine. 11. out. 2018. Acesso em: 15 jun. 2020. Disponível em: https://www.sciencemag.org/news/2018/10/we-will--find-you-dna-search-used-nab-golden-state-killer-can-home-about-60-white.

28 Ibid.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisões do STJ legitimam exame de DNA como ferramenta em busca da Justiça. 2010. Acesso em: 15 jun. 2020. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2201208/decisoes-do-stj-legitimam-exame-de--dna-como-ferramenta-em-busca-da-justica

corporal leve.

Afinal, pela redação atual do art. 9º-A da LEP, a coleta abarca todos os crimes hediondos, incluindo o crime de falsificação de cosméticos, por exemplo, por estar inserido no rol do art. 1º, inc. VII-B, da Lei 8.072/90, cuja gravidade é questionável quando comparada com a tutela dos demais bens jurídicos desse art. 1º da Lei 8.072/90.

Por outro lado, crimes equiparados a hediondos, como o tráfico de entorpecentes, tortura e terrorismo, não estão previstos no rol enumerado pelo art. 1º da Lei 8.072/90, o que não os insere como delitos aptos a coleta de DNA de seus agentes infratores.

Ainda, apesar de não haver regra expressa, é possível a identificação compulsória do agente quando da condenação por crimes de tortura e terrorismo, por resultarem de emprego de violência contra a pessoa (art. 9º-A, primeira parte, da LEP). Tal raciocínio, contudo, não se aplica ao crime de tráfico de entorpecentes, sob o qual resta prejudicada a obrigação de coleta de DNA do agente, por não se enquadrar nem na moldura dos delitos que envolvem violência contra a pessoa, nem, tampouco, por incidirem em crime hediondo previsto no art. 1º da Lei 8.072/90[30].

Para efeitos de comparação, o art. 3.1., a) da Lei Orgânica 10/2007 espanhola, admite a coleta do perfil genético, nos crimes graves contra as pessoas e nos casos de crime organizado: "Quando se trata de delitos graves e, em todo caso, os que afetam a vida, a liberdade, a intimidade ou liberdade sexual, a integridade das pessoas, o patrimônio sempre que praticados com violência, a agressão ou intimidação de pessoas, assim como nos casos de crime organizado, devendo entender-se incluído, em todo caso, no termo crime organizado o reconhecido no artigo 282, § 4º, da Lei de Processo Criminal em relação aos delitos enumerados"[31].

Para regulamentar o Banco Nacional de Perfis Genéticos e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 7.950/13. Vale salientar que o Banco Nacional de Perfis Genéticos tem o objetivo de ''armazenar os dados de perfis genéticos coletados no bojo de investigações de processos criminais'', assim como ''poderão ser utilizados para a identificação de pessoas desaparecidas''. Estabeleceu-se uma Rede Integrada para compartilhar e comparar perfis genéticos presentes nos bancos de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

30 AUGUSTI, Mariana. Identificação criminal por perfil genético (Lei n. 12.654/12): análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a atuação do Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 7, 2015, p. 109-127.

31 HAMMERSCHIMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. Banco de perfis genéticos dos criminosos: tratamento normativo na lei espanhola e na lei brasileira. Acesso em 11 de julho de 2020. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb. p. 10.

dados da União, Estados e Distrito Federal.

Por exemplo, o caso do homicídio e estupro de Rachel Genofre, de 9 anos, em 2008, no estado do Paraná, apenas foi resolvido com o cruzamento de dados do Banco de Perfil Genético brasileiro.

A criança desapareceu no retorno da escola, sendo seu corpo encontrado, após dois dias, em uma mala na rodoferroviária de Curitiba. Depois de mais de 116 testes de DNA, realizados em suspeitos que eram compatíveis com o retrato falado na época - muitos dos quais chegaram a ser presos e, posteriormente, liberados pela incompatibilidade do material genético - a identificação do autor do crime só ocorreu em razão da integração da base de dados entre Paraná, São Paulo e Brasília.

O material genético coletado no corpo da vítima foi inserido na base integrada de dados genéticos. Isso permitiu concluir que o DNA encontrado era compatível com uma pessoa que já se encontrava presa desde 2016, por ter cometido estelionato, estupro, roubo e falsificação de documento[32].

A redação do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, introduzida pela Lei 12.654/2012, foi objeto de apreciação no Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça. O paciente havia sido condenado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2, incisos I e IV, do Código Penal. Em razão do homicídio qualificado constar no elenco de crimes hediondos (art. 1º da Lei 8.072/90)[33], o Ministério Público solicitou ao Juiz da Execução que o condenado fosse encaminhado ao Instituto Médico Legal para coleta de DNA, conforme disposto no art. 9º-A da LEP, para fazer constar o seu dado no Banco de Dados de Identificação por Perfil Genético. Todavia, o Juiz indeferiu o pedido[34]. Após sucessivos recursos, a defesa se insurgiu quanto ao dispositivo presente na LEP, alegando que tal regra viola os princípios da presunção da inocência e da não autoincriminação.

No entanto, o STJ reconheceu a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, uma vez que o agente já teve sua culpabilidade admitida em decisão transitada em julgado:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

32 CORREIO DO POVO. Caso Rachel Genofre: identificado assassino após 11 anos de investigação no Paraná. 19 jun. 2020. Acesso em: 19 jun. 2020. Disponível em: https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/caso-rachel-genofre-identificado-assassino-após-11-anos-de-investigação-no-paraná-1.366982

33 ''Art. 1o São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII) [...]. BRASIL. Lei de Crimes Hediondos (n. 8.072/90). Acesso em: 16 jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 407.627/MG. Rel. Min. Felix Fischer. 25 abr. 2018. Acesso em: 16 jun. 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=82774760&num_registro=201701676886&data=20180427&tipo=0

> (...) o material biológico que se busca colher não tem por finalidade a produção de prova, mas a composição de banco de dados, nos termos do que determina a Lei que rege a matéria. No caso posto, portanto, não há como se conceber a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA seria capaz de configurar ilegalidade ou violação à garantia constitucional da não autoincriminação[35].

Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal ainda não analisou a constitucionalidade dessa questão, embora tenha conferido repercussão geral à obrigatoriedade da extração do DNA do condenado por crimes cometidos com violência contra pessoa e aqueles dispostos como hediondos, em junho de 2016. Na oportunidade, o Relator Ministro Gilmar Mendes, na fundamentação da decisão, mencionou decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a coleta de DNA para fins de composição em um Banco de Perfis Genéticos:

> O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se debruçou sobre a questão em algumas oportunidades. Em *Van der Velden contra Holanda*, 29514/05, decisão de 7.12.2006, o Tribunal considerou que o método de colheita do material – esfregação de cotonete na parte interna da bochecha – é invasivo à privacidade. Também avaliou como uma intromissão relevante na privacidade a manutenção do material celular e do perfil de DNA. Quanto a esse aspecto, remarcou-se não se tratar de métodos neutros de identificação, na medida em que podem revelar características pessoais do indivíduo. No entanto, a Corte avaliou que a adoção da medida em relação a condenados era uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes. No caso *S. e MARPER contra Reino Unido*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

35 ''Desse modo,''. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 407.627/MG. Rel. Min. Felix Fischer. Op.cit.

> (decisão de 4.12.2008), o Tribunal afirmou que a manutenção, por prazo indeterminado, dos perfis genéticos de pessoas não condenadas, viola o direito à privacidade, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Por outro lado, no caso *Peruzzo e Martens contra Alemanha* (30562/04 e 30566/04, decisão de 4 de dezembro de 2008), considerou-se manifestamente infundada a alegação de que a manutenção, em bancos de dados estatais, de perfis genéticos de condenados por crimes graves violaria o direito à privacidade. De tudo se extrai o reconhecimento de que as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada – privacidade genética'[36].

Atente-se que o caso *OF S. and Marper Vs. The United Kingdom*, envolvendo a obrigação de coleta de material genético de suspeitos, foi julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2008 e culminou na condenação do Reino Unido. Isso porque, ao permitir a colheita e manutenção de impressões digitais e material genético de pessoas suspeitas, e não condenadas, tornaria desproporcional os interesses entre público e privado. Portanto, a Corte reconheceu que o Reino Unido ultrapassou os limites aceitáveis de apreciação, caracterizando uma interferência desproporcional na vida privada do indivíduo, o que não se compatibiliza com a noção de Estado Democrático de Direito[37].

Entretanto, decisões monocráticas mais recentes do STF restringem o alcance do princípio da *nemo tenetur se detegere* (art. 5, LXIII, da CF; direito fundamental à não autoincriminação) à vedação da imposição de *condutas ativas* do investigado/réu que contribuam para os anseios processuais da acusação. Isso não exclui a legitimidade de meios persecutórios *não invasivos* (como a coleta de material genético e a submissão ao reconhecimento pessoal e a inspeções, buscas e registros pessoais, entre outras condutas que impliquem um

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837/MG. Plenário. 23 jun. 2016. Rel. Min. Gilmar Mendes. Acesso em: 16 jun. 2020. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210.

37 MAHMOUD, Mohamed Ale Hasan. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/12 e os Direitos Humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 98/12, set./out. 2012, p. 339-358.

não fazer ou um mero suportar do sujeito passivo)[38].

Nesse sentido, também é a orientação da Suprema Corte norte-americana, em precedentes como Schmerber v. California (1966), em que se distinguiu, para fins de proteção do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a participação ativa do acusado da situação em que ele é apenas uma fonte passiva de elementos de prova contra si mesmo[39].

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível o recolhimento de material genético no lugar do crime (*v.g.*, mostras de sangue, cabelos, pêlos, saliva etc), no corpo ou nas vestes da vítima ou em outros objetos, por meio de busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal (*v.g.*, escova de dentes, roupas de cama, restos orgânicos etc), bem como aquele que foi descartado (*v.g.*, bituca de cigarro, gomas de mascar, garrafa suja de saliva etc.).

A obtenção do perfil genético pode se dar por técnicas não invasivas, como o chamado "suabe" bucal, que consiste em passar uma espécie de cotonete estéril no céu da boca do investigado/condenado. Não se trata, pois, de um método invasivo, mas de uma coleta superficial cuja intervenção corporal é mínima (bem diferente, p. ex., da retirada de sangue), e que não exige um comportamento ativo do acusado[40].

Essa foi a orientação da Suprema Corte norte-americana em *Maryland v. King* (2013), onde se concluiu que o "suabe" bucal é minimamente invasivo, não podendo a privacidade do acusado se sobrepor ao interesse público na elucidação do crime[41]. Tal precedente foi, posteriormente, mencionado em *Birchfield v. North Dakota* (2016), para ressaltar a constitucionalidade do uso do bafômetro (teste do etilômetro), cuja invasão à privacidade também foi considerada insignificante[42].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 134027 / MG. Rel. Min. Edson Fachin. j. 13.04.2016. Pub. DJe-072 DIVULG 15/04/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 155364 / MG. Rel. Min. Alexandre de Moraes. j. 05.02.2019. Pub. DJe-026 DIVULG 08/02/2019 PUBLIC 11/02/2019.

39 ANSELMO, Márcio Adriano; JAQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. Revista Consultor Jurídico, 2 de junho de 2012. https://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil. Acesso em 30.06.2020.

40 COSTA NETO, João; TRINDADE, Bruno Rodrigues. A genética forense a serviço do iluminismo. Revista Perícia Federal, vol. 40, dez./2017, p. 18.

41 "By comparison to the substantial government interest and the unique effectiveness of DNA identification, the intrusion of a cheek swab to obtain a DNA sample is minimal. Reasonableness must be considered in the context of an individual's legitimate privacy expectations, which necessarily diminish when he is taken into police custody" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. MARYLAND v. KING. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

42 "(...) participation in a breath test is not an experience that is likely to cause

Com efeito, a questão quanto a obrigatoriedade da coleta do material genético não encontra solução pacífica na jurisprudência comparada, uma vez que há decisões no sentido de que a retirada compulsória do DNA é inconcebível, violando o direito à intimidade/privacidade do condenado, mas também existem julgados que, fundados na proporcionalidade da intromissão e da extração, bem como baseados em técnicas não invasivas, admitem a coleta do DNA para elucidar outros delitos e prevenir futuros crimes.

Como salientado, ainda não há uma orientação clara do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Além disso, na legislação brasileira, como também fora mencionado, a extração de material genético pode ocorrer em dois momentos: para a investigação e identificação criminal, e durante a execução penal - após a condenação com trânsito em julgado - pelo cometimento de crimes violentos ou hediondos[43] [44].

Na primeira hipótese, a coleta de DNA para a investigação só deve ser realizada quando essencial à apuração dos fatos pela Polícia, precedida de despacho da autoridade judiciária competente, a requerimento ou após ouvido o Ministério Público, conforme disposição contida no art. 3º, inciso IV, da Lei 12.037/09[45]. A identificação criminal se constitui na extração datiloscópica e

---

any great enhancement in the embarrassment that is inherent in any arrest. See Skinner, supra, at 625 (breath test involves "a minimum of . . . embarrassment"). The act of blowing into a straw is not inherently embarrassing, nor are evidentiary breath tests administered in a manner that causes embarrassment. Again, such tests are normally administered in private at a police station, in a patrol car, or in a mobile testing facility, out of public view. See supra, at 5. Moreover, once placed under arrest, the individual's expectation of privacy is necessarily diminished. Maryland v. King (...)" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. BIRCHFIELD v. NORTH DAKOTA. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-1468_8n59.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020).

43 ''Cada uma dessas hipóteses tem um regime diferente. Na identificação criminal, a investigação deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se a medida é "essencial às investigações" (art. 3º, IV, combinado com art. 5º, parágrafo único). Os dados poderão ser eliminados "no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito". Os dados dos condenados, por outro lado, serão coletados como consequência da condenação. Não há previsão de eliminação de perfis. Em ambos os casos, os perfis genéticos são armazenados em banco de dados. Os dados podem ser usados para instruir investigações criminais (art. 9-A, §2o, da Lei 7.210/84) e para a identificação de pessoas desaparecidas (art. 8º do Decreto 7.950/13)''. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837/MG. Plenário. 23 jun. 2016. Rel. Min. Gilmar Mendes. Op.cit.

44 ''Com o advento da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos''. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 407.627/MG. Rel. Min. Felix Fischer. Op.cit.

45 ''Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer

fotográfica do acusado, podendo ''incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético''[46]. O material colhido é armazenado em banco de dados de perfis genéticos, mas não pode revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas (ou seja, devem ser conservadas apenas informações sobre a identidade genética da pessoa, presentes nas moléculas de DNA), exceto determinação genética de gênero. Tais elementos de prova dependem de análise por perito oficial e têm caráter sigiloso, podendo aquele que permitir ou promover a utilização desses dados para fins diversos da lei ser responsabilizado civil, penal e administrativamente (art. 5º-A, da Lei 12.037/09).

Em relação à coleta de material genético após o trânsito em julgado da sentença criminal, pode-se criticar a sua extração compulsória, por entender que isso fere o princípio do *nemo tenetur se detegere* ou da não autoincriminação (art. 5, LXIII, da CF), que garante o direito ao preso de permanecer calado e assegura a assistência de um advogado. Tal posição reforça a proteção do direito à privacidade do condenado, e se fundamenta também em tratados assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 14, 3, g)[47], a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 8, 2, g[48], e 11, 2[49]) e

---

identificação criminal quando: [...] IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;''. BRASIL. Lei n. 12.037/09. Acesso em: 17 jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm

46 ''Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético''. BRASIL. Lei n. 12.037/09. Acesso em: 17 jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm

47 ''3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada''. BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU - Decreto 592/92. Acesso em: 17 jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

48 Artigo 8. Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g.direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;''. OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Acesso em: 17 jun. 2020. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

49 "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação". OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Acesso em: 17 jun. 2020. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12)[50]. Além disso, a compulsoriedade da extração do DNA durante a execução da pena seria "uma espécie de pena privativa de direitos de caráter perpétuo que não respeita o princípio da individualização da pena"[51].

Porém, o entendimento firmado pelo STJ, no Habeas Corpus n 407.627/MG, demonstra-se acertado, porque fundado seja na gravidade do crime cometido seja no trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tais argumentos se fortalecem na medida em que ao acusado foi permitido o exercício de ampla defesa e do contraditório durante o processo criminal. Afinal, se, após o devido processo legal, o réu não logrou êxito em provar sua inocência, não há que se falar em violação ao princípio da autoincriminação nem ao da presunção de inocência, justamente pela condenação estar fundada nas provas constantes dos autos, submetidas à valoração, análise e revisão das esferas judiciais.

Consequentemente, ao fazer a ponderação entre a retirada do DNA para composição do banco de perfis genéticos e a intimidade (genética) do condenado[52], percebe-se que aquela prepondera sobre esta, pois a prevenção de futuros crimes e a resolução dos delitos que ainda não haviam sido solucionados são superiores ao interesse do indivíduo condenado.

Ademais, a eficácia dos bancos de perfis genéticos depende, para a identificação de autores de delitos, da quantidade de dados armazenada. Apesar disso, a extração do DNA não é geral e irrestrita, sendo utilizada apenas para os crimes cometidos com violência à pessoa e/ou os caracterizados como hediondos. Tais dados podem ser confrontados, a qualquer tempo, com os perfis genéticos obtidos de amostras biológicas coletadas em locais de crimes, de vítimas ou de cadáveres de identidade desconhecida, mesmo que se tratem de delitos distintos ou cometidos em qualquer Estado da federação, o que aumenta a chance de identificação do agressor e a possibilidade de estabelecer

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

50 "Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques".

51 TAVARES, Natália Lucero Frias. GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do art. 9 da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. Revista Jurídica. v. 4. n. 45. Curitiba, 2016, p. 207-226.

52 O direito à intimidade genética é um corolário da proteção jurídica da dignidade humana (art. 1º, inc. III, CF), por ser uma das manifestações essenciais da personalidade, e engloba o dever de respeito e de proteção à constituição genética - única e não repetível - de cada ser humano. Pelo art. 1º, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, "o genoma humano, expresso como a base da unidade fundamental da espécie humana, é classificado como patrimônio da humanidade". Cfr. SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 165, mar. 2020, p. 159-185.

relações entre ações criminosas praticadas pela mesma pessoa[53]. Ainda, a coleta e identificação do perfil genético garante o princípio da efetividade processual, pois ''contribui para o alcance da segurança e a redução da criminalidade, e ainda concretiza a ideia de busca pela verdade real''[54].

O Senador Ciro Nogueira, autor do projeto que deu origem à Lei 12.654/2012, justificou que "evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que o DNA não pode, por si só, provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime. Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo".

O conflito entre princípios constitucionais, envolvendo indivíduo e Estado, deve encontrar resposta nas técnicas de ponderação, com auxílio da proporcionalidade e da razoabilidade, e se submeterem a rigorosa motivação judicial, como bem disciplinou os arts. 8º e 489, § 2º, do CPC[55], *standards* ínsitos à hermenêutica jurídica e extensíveis à jurisdição criminal. Isso porque sempre que houver colisão entre princípios ocupantes de um mesmo patamar jurídico, deve-se ponderar interesses, não se podendo optar pela exclusão completa de um princípio em detrimento de outro[56].

Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ter sua aplicação reduzida para que outros preponderem, a depender das circunstâncias do julgamento do caso concreto em análise judicial[57].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

53 ARAÚJO, Deborah Alcantara de; SOUZA, Carlos Antônio de; CAMPELLO, Reginaldo Inojosa Carneiro; CARVALHO, Marcus Vitor Diniz de; SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 164, fev./2020, p. 415-444.

54 AUGUSTI, Mariana. Op.cit.

55 ”Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência"; "Art. 489. (...). § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

56 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2020. p. 585-599.

57 AUGUSTI, Mariana. Op.cit.

A coleta de DNA pode ser compreendida como uma restrição à intimidade/privacidade, mas não fere as dimensões essenciais desses direitos, sendo a medida justificada por meio de critérios de proporcionalidade, voltada para um fim legítimo fim constitucional[58], inerente ao direito fundamental social à segurança pública (art. 6º/CF), que contempla a realização de investigações eficientes para a prevenção e a reparação da criminalidade.

Contudo, sobre a proporcionalidade, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Mohamad Ale Hasan Mahmoud, asseveram que ''[...] o Estado não representa um fim em si mesmo, havendo barreiras éticas no cumprimento de sua missão de pacificação social''[59]. Por isso, o Estado não pode exercer livremente a escolha entre quais direitos e princípios deve seguir, à luz da discricionariedade. Isso porque o Estado atua em observância aos interesses públicos e não pode pautar-se na satisfação de interesses individuais de uma minoria[60].

A preocupação com a discricionariedade judicial não se impõe contra a restrição de direitos fundamentais do acusado/condenado, quando, na análise do caso concreto, o juiz pondera os interesses contrapostos e justifica a prevalência de determinados direitos (sociais) em detrimento de outros (de natureza individual), cumprindo o dever constitucional de motivação (art. 93, inc. IX, CF).

Ademais, quando se fala em coleta de DNA na cena do crime ou em vestígios no corpo da vítima, é inevitável pensar em métodos que melhor acondicionem esse material e evitem sua contaminação ou deterioração[61]. Por isso, o Pacote Anticrime (Lei 13.964/19) introduziu o art. 9º-A, § 3º, à Lei de Execuções Penais, para afirmar que deve "ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa"[62]. O Pacote Anticrime tam-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

58 BONINA, Luís. Colheita Coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético. Constitucionalidade. Acórdãos no 155/2007 e 228/2007 do Tribunal Constitucional. Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 28, n. 110, jun. 2007, p. 161-206.

59 MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, no 98, set./out. 2012, p. 350.

60 AUGUSTI, Mariana. Op.cit.

61 MURPHY, Erin E. Inside the cell: the dark side of forensic DNA. Bold Type Books: Nova Iorque, 2015; IBCCRIM. Os impactos do pacote anticrime no Banco Nacional de Perfis Genéticos. 01 mai 2020. Acesso em: 11 jun. 2020. Disponível em: http://ibccrim.org.br/noticias/exibir/296

62 "O instituto da quebra da cadeia de custódia, o diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua im-

bém regulamentou a cadeia de custódia nos arts. 158-A até 158-F do Código de Processo Penal.

Os envolvidos na investigação e as partes no processo penal, como corolário da garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF), podem questionar a imparcialidade e a infalibilidade dos exames genéticos. As eventuais falhas humanas capazes de invalidar o resultado da perícia, a produção de um resultado por meio de diferentes causas ou a obtenção de possíveis falsos resultados positivos, além dos erros e interpretações incorretas no âmbito da atividade pericial devem ser questionadas pela defesa[63]. Há, pois, a possibilidade de alteração do resultado do DNA por uma pluralidade de variáveis, incluindo a verificação da ação humana do perito e o armazenamento do material genético.

Além disso, não se pode usar tais informações para formar estereótipos de delinquência, como forma de discriminação, a partir do armazenamento de dados que revelem traços somáticos ou comportamentais dos indivíduos.

A proteção de dados, sob a égide da bioética, é protegida por tratados internacionais, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Declaração Internacional sobre os Dados genéticos Humanos (2003) e a Declaração Universal sobre bioética e Direitos Humanos (2005). Esses diplomas ''fixam que as características genéticas não podem ser empregadas como fator de discriminação e estigmatização, sob pena de violarem direitos humanos, liberdades fundamentais e a dignidade humana''[64].

Para isso, o art. 5º da Lei 12.037/09 (modificado pela Lei 12.654/12), prevê o caráter sigiloso dos dados constantes nos bancos de dados de perfis genéticos, sendo que os traços somáticos e comportamentais das pessoas não poderão ser objeto de análise e publicação[65].

---

prestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita" (STJ, HC 462.087/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019).

63 MURPHY, Erin E. Op. cit.

64 AUGUSTI, Mariana. Identificação criminal por perfil genético (Lei n. 12.654/12): análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a atuação do Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 7, 2015, p. 109-127.

65 ''Art. 5o-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. § 1o As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. § 2o Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial". BRASIL. Lei n. 12.037/09.

Com relação ao risco de estigmatização de uma parcela da população, o banco de perfis genéticos não pode servir para a disseminação de estereótipos no sistema penal/carcerário brasileiro. É certo que, ao firmar os critérios da biopolítica, Michel Foucault estabelece a seleção de um grupo de inimigos que devem ser vigiados com mais veemência que outros[66]. Todavia, mostra-se errôneo afirmar que o banco de perfis genéticos perpetua o estigma dos custodiados, ou que rotula seus familiares, colocando-os sob constante vigilância e suspeita. Isso porque, conforme o art. 9º-A da Lei de Execuções Penais, a coleta de DNA se restringe àqueles condenados por crimes dolosos, cometidos com violência contra à pessoa, e os tidos como hediondos.

Além disso, a autoridade competente não pode incriminar condenados ou egressos do sistema prisional a seu arbítrio, limitando-se a inserir os perfis genéticos no banco de dados para consulta e cruzamento de materiais oriundos de crimes futuros ou aqueles pendentes de resolução. Portanto, não se trata de um mecanismo voltado à perseguição ou discriminação de uma parcela da população, já vulnerabilizada, mas uma medida que busca tornar efetivo as investigações criminais como meio inerente à proteção do direito fundamental à segurança pública (art. 6º/CF), que inclui o poder de impor penas e fazer justiça às vítimas dos delitos e seus familiares.

Logo, o risco da utilização dos perfis genéticos para ampliar preconceitos e estigmatizar grupos sociais vulneráveis, embora existente, caracteriza desvio de finalidade, suscetível de responsabilização administrativa, civil e penal (inclusive por crime de abuso de autoridade; *v.g.*, arts. 13, inc. III, e 25 da Lei 13.869/19).

Outra crítica à extração do DNA do condenado repousa na possível violação do impedimento do caráter perpétuo das penas (art. 5, XLVII, alínea ‘’b’’, CF/88)[67]. Até a edição da Lei 13.869/19 (Pacote Anticrime), não havia previsão de retirada dos materiais genéticos do banco de perfis, o que poderia sinalizar uma sanção perpétua. Porém, como já salientado, pelo art. 7º-A da Lei de Execuções Penais, a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados pode ocorrer, seja pela absolvição do acusado (em eventual revisão criminal), seja mediante o seu requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

Op.cit.

66 FOUCAULT, Michel. A Sociedade Punitiva. Tradução Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 57.

67 TAVARES, Natália Lucero Frias. GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do art. 9 da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. Revista Jurídica. v. 4. n. 45. Curitiba, 2016, p. 207-226.

Apesar desse tempo ser longo, não se pode *a priori* afirmar que há evidente violação do direito ao esquecimento, questão que suscita intenso debate judicial, ainda não solucionado pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, o STF reconheceu repercussão geral no RE 593.818-SC, a fim de decidir se existe ou não um prazo limite para sopesar se uma condenação anterior pode ser utilizada como maus antecedentes na dosimetria da pena[68].

À guisa de comparação, na Espanha, o art. 23.3 da Lei Orgânica nº 10/2007 prevê dois critérios de cancelamento do registro: "o tempo assinalado na lei para a prescrição do delito e o tempo fixado na lei para o cancelamento de antecedentes criminais, se se houver proferido sentença condenatória definitiva, ou absolutória por ocorrência de causas eximentes por falta de imputabilidade ou culpabilidade, salvo decisão judicial em contrário"[69].

Os dissensos envolvendo o funcionamento do banco de perfis genéticos e a obrigatoriedade de coleta do DNA do condenado, por crimes violentos contra a pessoa e hediondos, não devem ignorar a eficácia na resolução de casos penais a partir do cruzamento de perfis genéticos. A prova científica do DNA

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

68 Conforme os fundamentos do REsp 1.160.440-MG (Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17/3/2016, DJe 31/3/2016), no HC 256.210-SP (DJe 13/12/2013), a 6ª Turma do STJ concluiu "que o lapso temporal entre a última condenação e a prática da infração apurada naquele writ (quase 14 anos) justificava a não influência das condenações anteriores (que se originaram de condutas perpetradas nas décadas de 70, 80 e 90) para fins de exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes. Ademais, o STF (HC 126.315-SP, Segunda Turma, DJe 7/12/2015) aqueceu a discussão a respeito da estipulação de um prazo limite para se considerar uma condenação como maus antecedentes. Na ocasião, destacou-se a impossibilidade de que se atribua à condenação o status de perpetuidade, sob o fundamento de que ´a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal ad aeternum, em verdade, é pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade´. Aliás, foi também por esses fundamentos que o legislador de 1977, mediante a alteração na Parte Geral do CP ocasionada pela Lei n. 6.146, instituiu a temporalidade para a reincidência e positivou o ´período depurador´ no art. 46, parágrafo único, então vigente, denominado no item 13 da respectiva Exposição de Motivos como ´prescrição da reincidência´, e cuja previsão normativa foi mantida no art. 64, I, do atual Código. Além do mais, deve-se considerar a advertência doutrinária segundo o qual ´a proibição de penas perpétuas é um corolário da orientação humanitária ordenada pela Constituição, como princípio orientador da legislação penal´. Sendo assim, não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da pena, sob pena de violação da regra geral que permeia o sistema. Afinal, a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes. De mais a mais, embora o STF ainda não tenha decidido o mérito do RE 593.818-SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, no caso aqui analisado, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas".

69 HAMMERSCHIMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. Op. cit. p. 12.

aprimora as investigações criminais, servindo para a acusação e condenação de criminosos, mas também como relevante meio de prova e argumento da defesa para inocentar pessoas acusadas injustamente[70].

Nesse sentido, é a Recomendação nº R (92)1 do Conselho da Europa, de 10 de fevereiro de 1992, sobre o uso do DNA no sistema da justiça criminal, ao asseverar: "O uso da análise de DNA durante a investigação de um crime pode demonstrar que um suspeito está envolvido no delito; por outro lado, e certamente mais importante, pode eliminar pessoas das investigações"[71].

O Decreto 7.950/13, que regulamentou o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, prevê, no art. 8º, que os dados também podem ser utilizados para a identificação de pessoas desaparecidas. Porém, a comparação de amostras e perfis doados, voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas, devem ser usadas, exclusivamente, para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades (art. 8º, par. ún., do Decreto 7.950/13).

Dessa forma, não se busca criar uma base de dados que tenha o intuito de perseguir, discriminar ou segregar indivíduos ou grupos estigmatizados da sociedade, porque tal utilização dos perfis genéticos afronta a ética, a Constituição, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e configura desvio de finalidade e abuso de autoridade.

O equilíbrio entre a proibição do excesso e da proibição de proteção insuficiente permite extrair a máxima efetividade da extração do DNA dos condenados para a proteção do direito fundamental social à segurança pública (art. 6º/CF). A imparcialidade e o sigilo devem assegurar o funcionamento adequado dos bancos de perfis genéticos, a possibilitar a concretização de um processo penal justo, eficaz e mais seguro (isto é, com a incidência de menos erros).

Considerada a constitucionalidade da obrigatoriedade da extração do DNA, enquanto consequência automática da pena para os crimes dolosos,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

70 Guilherme Nucci afirma que ''inexiste qualquer sentido para se evitar a identificação criminal, que deveria ser praxe, desde que não se transforme em palco de humilhação pública, pois, quanto mais precisa a identificação, menor o índice de erro do judiciário, por isso, a coleta de material genético aperfeiçoa o sistema" (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 2. 6° Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 415-416).

71 No original: "The use of DNA analysis during the investigation of an offence may provide proof that a suspected person was involved in the crime; conversely, and certainly just as important, it may positively eliminate an individual from an inquiry" (COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. EXPLANATORY MEMORANDUM to Recommendation No. R (92) 1 of the Committee of Ministers to member states. The use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system. Acesso em: 30 jun 2020. Disponível em: https://rm.coe.int/090000168062df77).

cometidos com violência contra à pessoa e os hediondos, alcança-se a conclusão da pertinência da regra inserida pela Lei 13.869/19 no art. 9º-A, § 8º, da Lei de Execuções Penais, que afirma ser *falta grave* a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. Conforme inovação trazida pelo Pacote Anticrime, o “cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente” (art. 112, § 6º, LEP). No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, a falta grave (art. 112, § 4º, LEP), implica na revogação do benefício do art. 112, § 3º, LEP. Para todos os condenados, a prática de falta grave sujeita a regressão da execução da pena privativa de liberdade (art. 118/LEP). A falta grave, ainda, retira dos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto o benefício da saída temporária (art. 125/LEP). Também implica a revogação de até ▯ do tempo remido (art. 127) e da monitoração eletrônica (art. 146-D, inc. II, LEP), além de poder resultar na conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, LEP).

5. Conclusão

Há vários benefícios com a edição da Lei 13.869/19 (Pacote Anticrime), sobretudo pela introdução de regras que procuram aperfeiçoar a utilização do banco de perfis genéticos no Brasil, com o intuito de resolver crimes pendentes de solução e prevenir novos delitos.

Sob a perspectiva da sociedade, o interesse coletivo prepondera sobre o do indivíduo condenado que não almeja a coleta de seu material genético para integrar a base de dados.

A análise e o cruzamento de perfis genéticos conferem um alto grau de cientificidade, confiabilidade e consistência para fundar acusações e fundamentar decisões judiciais. Aliás, um estudo da Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos, em 2009, identificou um problema de confiança com outras provas utilizadas nas investigações, como impressões digitais, marcas de sapato e retratos falados. Quando da comparação dessas provas, é possível extrair que as impressões digitais podem ficar borradas, as balas de revólver amassadas e as cenas de crime nem sempre ficam preservadas[72].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

72 MELO, João Ozório de. Exames de DNA revelam condenações erradas baseadas em provas forenses. Revista Consultor Jurídico. 13 jun. 2014. Acesso em: 24 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-13/exames-dna-revelam-condenacoes-erradas-baseadas-provas-forenses

A harmonização de princípios que tutelam a esfera individual, como o direito à intimidade/privacidade e o direito ao esquecimento, com aqueles princípios que buscam proteger a ordem social, como o direito à segurança pública, fortalecem a compreensão do devido e justo processo legal.

Ao se fazer uma análise ponderada, não se pode ignorar que um dos objetivos da República Federativa do Brasil, enumerado no art. 3, inciso I, CF/88, é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não é justo nem razoável que crimes graves e que tenham resultados e impactos tão nefastos para sociedade não possam encontrar solução definitiva, podendo culminar em impunidade, prescrição, negação da adequada reparação do delito para vítimas e seus familiares ou, o que é bem pior, até mesmo na condenação de pessoas inocentes.

É certo, todavia, que a ausência de uma jurisprudência consolidada em relação à compulsoriedade da extração e análise do material genético do apenado traz inseguranças e dúvidas quanto ao uso dessa tecnologia para a resolução dos crimes.

Cabe, pois, ao Supremo Tribunal Federal, inclusive por meio do diálogo com outras Cortes de Justiça, resolver a questão na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837/MG, sem desprezar os aperfeiçoamentos no banco de perfis genéticos trazidos pelo Pacote Anticrime.

6. Referências

AGENCE FRANCE-PRESSE. Primeiro julgamento nos EUA de acusado encontrado pelo DNA de familiares. 17 jun. 2019. Acesso em: 12 jun 2020. Disponível em: https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/mundo/primeiro-julgamento-nos-eua-de-acusado-encontrado-pelo-dna-de-familiares-1.346014.

ANSELMO, Márcio Adriano; JAQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. Revista Consultor Jurídico, 2 de junho de 2012. https://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil. Acesso em 30.06.2020.

ARAÚJO, Deborah Alcantara de; SOUZA, Carlos Antônio de; CAMPELLO, Reginaldo Inojosa Carneiro; CARVALHO, Marcus Vitor Diniz de; SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 164, fev./2020.

AUGUSTI, Mariana. Identificação criminal por perfil genético (Lei n. 12.654/12): análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a

atuação do Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 7, 2015.

BONINA, Luís. Colheita Coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético. Constitucionalidade. Acórdãos no 155/2007 e 228/2007 do Tribunal Constitucional. Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 28, n. 110, jun. 2007.

BRASIL. Lei n. 12.037, de 1 de outubro de 2009 (modificada pela Lei n. 13.964/19).

_____. Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/ DF. Plenário. Voto do Ministro Celso de Mello. j. 07.11.2019.

_____. Lei 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisões do STJ legitimam exame de DNA como ferramenta em busca da Justiça. 2010. Acesso em: 15 jun. 2020. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2201208/decisoes-do-stj-legitimam-exame-de-dna-como-ferramenta-em-busca-da-justica.

_____. Lei de Crimes Hediondos (n. 8.072/90). Acesso em: 16 jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 407.627/MG. Rel. Min. Felix Fischer. 25 abr. 2018. Acesso em: 16 jun. 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=82774760&num_registro=201701676886&data=20180427&tipo=0.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837/MG. Plenário. 23 jun. 2016. Rel. Min. Gilmar Mendes. Acesso em: 16 jun. 2020. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 134027/MG. Rel. Min. Edson Fachin. j. 13.04.2016. Pub. DJe-072 DIVULG 15/04/2016;

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 155364 / MG. Rel. Min. Alexandre de Moraes. j. 05.02.2019. Pub. DJe-026 DIVULG 08/02/2019 PUBLIC

11/02/2019.

_____. Lei n. 12.037/09. Acesso em: 17 jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU - Decreto 592/92. Acesso em: 17 jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC 462.087/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2020.

CASOY, Ilana. Arquivos serial killers: Louco ou cruel. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2017.

CORREIO DO POVO. Caso Rachel Genofre: identificado assassino após 11 anos de investigação no Paraná. 19 jun. 2020. Acesso em: 19 jun. 2020. Disponível em: https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/caso-rachel-genofre-identificado-assassino-após-11-anos-de-investigação-no-paraná-1.366982.

COSTA NETO, João; TRINDADE, Bruno Rodrigues. A genética forense a serviço do iluminismo. Revista Perícia Federal, vol. 40, dez./2017.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. EXPLANATORY MEMORANDUM to Recommendation No. R (92) 1 of the Committee of Ministers to member states. The use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system. Acesso em: 30 jun 2020. Disponível em: https://rm.coe.int/090000168062df77

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Maryland V. King. No 12-207. Argued February 26, 2013. Decided June 3, 2013. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf. Acesso em: 8 jun. 2020.

_____. Supreme Court of The United States. ASSOCIATION FOR MOLECULAR PATHOLOGY ET AL.v. MYRIAD GENETICS, INC., ET AL.CERTIORARI TO THE

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT. No. 12–398. Argued April 15, 2013—Decided June 13, 2013. Acesso em: 15 jun. 2020. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398_1b7d.pdf

_____. Supreme Court of The United States. BIRCHFIELD v. NORTH DAKOTA. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-1468_8n59.pdf.Acesso em: 30 jun. 2020

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva. Tradução Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

GARCIA, Sandra E. DNA Evidence exonerates a man of murder after 20 years in prison. The New York Times. 16 out. 2018. Acesso em: 11 jun. 2020. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/10/16/us/20-years-exonerated-dna-prison.html.

GOODE, Erica. DNA profile of Ted Bundy gives hope to old cases. The New York Times. 9 ago. 2011. Acesso em: 8 jun. 2020. Disponível em: https://www.nytimes.com/2011/08/10/us/10bundy.html.

GROSSA, Samuel R.; O´BRIENB, Barbara; HUC, Chen Huc; KENNEDY, Edward H.. Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death. Acesso em: 11 jul. 2020. Disponível em: https://www.pnas.org/content/pnas/111/20/7230.full.pdf).

IBCCRIM. Os impactos do pacote anticrime no Banco Nacional de Perfis Genéticos. 01 mai 2020. Acesso em: 11 jun. 2020. Disponível em: http://ibccrim.org.br/noticias/exibir/296.

HAMMERSCHIMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. Banco de perfis genéticos dos criminosos: tratamento normativo na lei espanhola e na lei brasileira. Acesso em 11 de julho de 2020. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb.

KAISER, Jocelyn. We will find you: DNA search used to nab Golden State Killer can home in on about 60% of white Americans. Science Magazine. 11. out. 2018. Acesso em: 15 jun. 2020. Disponível em: https://www.sciencemag.org/news/2018/10/we-will-find-you-dna-search-used-nab-golden-state-killer-can-home-about-60-white.

LOPES, Débora. Teste de DNA caseiro condena assassino após 30 anos. Agora, qual o limite? 29 jul. 2019. Acesso em: 12 jun 2020. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/07/29/teste-de-dna-caseiro-condena-assassino-apos-30-anos-e-agora-ha-limite.htm.

MAHMOUD, Mohamed Ale Hasan. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/12 e os Direitos Humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 98/12, set./out. 2012.

MELO, João Ozório de. Estudo mostra porque inocentes são condenados à prisão. Revista Consultor Jurídico, 16 fev. 2014. Acesso em: 11 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-fev-16/estudo-mostra-porque-tantos-inocentes-sao-condenados-prisao-eua.

MURPHY, Erin E. Inside the cell: the dark side of forensic DNA. Bold Type Books: Nova Iorque, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 2. 6° Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 165, mar. 2020, p. 159-185.

TAVARES, Natália Lucero Frias. GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do art. 9 da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. Revista Jurídica. v. 4. n. 45. Curitiba, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Acesso em: 17 jun. 2020. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

SCUTTI, Susan. What the Golden State Killer case means for your genetic privacy. CNN. 1 mai. 2018. Acesso em: 15 jun. 2020. Disponível em: https://edition.cnn.com/2018/04/27/health/golden-state-killer-genetic-privacy/index.html.

A FALTA GRAVE COMO CONDIÇÃO NEGATIVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL: O IMPACTO DAS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19 À REDAÇÃO DO ART. 83, CP E O TRATAMENTO DA MATÉRIA NO PLANO DA SUCESSÃO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS

Fábio André Guaragni[1]
Letícia Amatuzzi Rebello[2]

SUMÁRIO

RESUMO

O artigo analisa o impacto da prática de falta grave para a obtenção do livramento condicional, comparando o tratamento do tema antes e após as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019. Indica que, antes da reforma, a prática de falta grave, independentemente da data de sua ocorrência, impedia a concessão do benefício, ao compor o quadro revelador da ausência de bom comportamento carcerário. Após o Pacote, as faltas graves praticadas há mais de um ano continuam a cumprir o papel que anteriormente desempenhavam. Já aquelas praticadas nos últimos doze meses passaram a constituir automática condição negativa da concessão do favor rei, independentemente da valoração

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Professor Titular de Direito Penal no PPGD - Mestrado e Doutorado do Unicuritiba, da FEMPAR, EMAP e ESMAFE-PR. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR com pesquisa Pós-doutoral junto à Università degli Studi di Milano - UNIMI. Procurador de Justiça no Ministério Público do Paraná.

2 Pós-graduada pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Graduada em Direito pela FAE Centro Universitário. Assessora de Procuradoria no Ministério Público do Estado do Paraná.

do comportamento executório do agente. Quanto a estas faltas graves, o Pacote Anticrime evidencia fenômeno de novatio legis in pejus, não impedindo o livramento acaso o crime seja anterior ao início de sua vigência.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13.964/19; Livramento Condicional; Falta Grave; Limitação Temporal; novatio legis in pejus.

1. Introdução

No Brasil, o estudo de categorias dogmáticas a partir de precedentes judiciais não é uma tradição. Trata-se de postura típica da matriz anglo-saxã (*common law*) de solução de processos: a partir de sistemas de precedentes ou *cases,* consolida-se, por indução (método que vai dos episódios concretos e particulares para a formulação de regras gerais), uma sequência de posturas que - gradualmente repetidas -, solidificam respostas às situações que exigem prestação jurisdicional. Tudo se associa ao empirismo que marcou a passagem em direção à Modernidade na ilha, bem representada no pensamento de Hume.[3]

A tradição ibérica, de perfil europeu continental (*civil law*) da qual somos herdeiros[4], rege-se metodologicamente por tradição distinta: operando com um método dedutivo, firma um sistema geral de análise de casos concretos. O sistema analítico tem a pretensão de apreendê-los na integralidade. As soluções sistemáticas passam pela dicção de formulações gerais em que se subsumem os casos particulares, enquanto método para a prestação jurisdicional. Se o método indutivo tem traço empirista, o dedutivo certamente possui raiz racionalista. A distinção é viva na passagem de Severino: “O racionalismo sublinhou o caráter ocultante das sensações; o empirismo destacou o caráter revelador das sensações”[5].

Pois bem: no século XIX, o positivismo jurídico, fundado no império da lei[6], enquanto herança da concepção de Estado de Direito bem presente no

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 HUME, David. Investigação sobre o entendimento humano. São Paulo: Editora Hedra, 2009, p. 57, indicando as ideias humanas como frutos de percepções derivadas de cada contato que travamos com a realidade a nossa volta.

4 BATISTA, Nilo. Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I. 2a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, passim, figura como referência obrigatória.

5 SEVERINO, Emanuele. Istituzioni di Filosofia. Brescia: Morcelliana, 2010, p. 27.

6 Sobre a aposta na lei como espécie de redenção, ver DARNTON, Robert. El beso de Lamourette Reflexiones sobre historia cultural. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 2010, pp. 23-37, ao apontar a confiança na lei como instrumento para até mesmo definir pronomes de tratamento, a exemplo aquela editada pelo Departamento de Tarn em 14.11.1793, que vedou a um cidadão chamar outro de “vós” e ser correspondido com um “tu” (op. cit., p. 27) Tratava-se da percepção da lei como veículo de produ-

ideário da Revolução Francesa de fins do século XVIII, talvez tenha sido o apogeu do modelo dedutivo, sob a ótica do silogismo – a lei como premissa maior, a conduta como premissa menor e a adequação desta àquela.[7]

No âmbito jurídico-penal, sobretudo pela influência germânica, a prestação jurisdicional permanece amoldada, em grandes linhas, ao modelo dedutivo. O conceito analítico de crime opera como sistema ordenado, etapa a etapa, em quatro escalões destinados a, cumulativamente, indicar a ocorrência de crime. Checa-se a ocorrência de uma conduta humana, após sua adequação a um tipo, sucedida da verificação da respectiva ilicitude para, havendo injusto, apreciar-se a reprovabilidade acaso merecida pelo agente.

Nesta perspectiva, o sistema analítico de crime oferece as possibilidades comunicativas acerca de ter, ou não, ocorrido um delito. Nesta perspectiva, cumpre o papel típico dos sistemas na Modernidade: serve como instrumento para o exercício de um poder[8]. No caso, o poder de definir quando há crime, com suas graves consequências para o âmbito das liberdades individuais.

Tudo se coloca como introdução para justificar a escolha metodológica que preside o texto em mesa. Aqui, abrimo-nos à experiência de proceder estudo de casos – dois precedentes, mais detidamente -, de modo a partir do olhar jurisprudencial sobre o tema de pesquisa. Sabe-se que o estudo de casos pode ser arriscado por não se repetir, como paradigmático, em outros episódios. Porém, ergue-se em detalhe e minúcia com coloridos que os sistemas generalizantes não possuem. Revelam ângulos importantes para uma correta apreciação do tema acerca do qual se presta a jurisdição nos tribunais, ou sobre o qual se laboram pesquisas na comunidade científica. E homenageia, em lembrança, as lúcidas observações de Gimbernat:

> "Uma ciência que toma posição em relação ao material jurisprudencial, que aceita, rechaça e

---

ção de uma igualdade – todos são iguais perante a lei – capaz de produzir um estado de plenitude e felicidade social.

7 MOCCIA, Sergio. El derecho penal entre ser y valor. Montevideo, Buenos Aires: BdF, 2003, p. 37, aponta que, ainda no século XIX, esforços de Ihering dirigiram-se a dotar o direito de fins concretos, numa postura antiformalista, uma vez percebido o descompasso com a realidade produzido pelo método positivista jurídico puro, tendente a um "formalismo abstrato, no qual os conceitos jurídicos são construídos subsumindo, fazendo abstrações generalizantes e análises e sínteses lógico-formais, com exclusão do tratamento jurídico de todo elemento histórico-valorador, isto é, de qualquer elemento que trate de vincular o direito com a vida social concreta." Estas sementes iheringuianas teriam aflorado no movimento neokantiano da primeira metade do século XX, ao inclinar o direito penal para o universo dos valores.

8 BAECKER, Dirk. "Por qué una teoría de sistemas?". In: Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Lima: Ara, 2007, pp. 33-35.

> discute o que os tribunais dizem, provoca os tribunais a que façam o mesmo com ela – a aceitem, rechacem e discutam; em outras palavras, é uma ciência que está provocando o diálogo – e é disso que se trata."[9]

Atualmente ocorre uma mescla das tradições metodológicas mundo afora. Representa-a, por exemplo, a adoção de leis no panorama jurídico inglês – a mais moderna lei anticorrupção é a celebrada *Bribery Act* de 2010. De outro lado, ocorre uma valorização da atividade jurisdicional nos países de tradição europeia continental à inglesa. No Brasil, basta verificar fenômenos como o debatido ativismo judicial, a emergência das súmulas vinculantes, as modificações processuais destinadas ao controle da constitucionalidade e infraconstitucionalidade pelos recursos raros (ver art. 1.030 e ss., CPC), e a valorização, na academia, da ideia de norma como produto da exegese operada pelos juízes.

Vale lembrar – também como certa mostra de mescla -, o modelo metodológico de Roxin para o direito penal: sem abandonar a noção de sistema de análise de delito, sugere a abordagem dos problemas dogmáticos a partir da catalogação de *grupos de casos,* em aproximação aos meandros que habitam na particularidade dos episódios da vida[10].

De modo consequente, as linhas seguintes prestam-se a analisar o modo como a prática de falta grave pelo executado interfere na concessão do livramento condicional, a partir da solução de um caso concreto. Trata-se da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus nº. 564.292/SP, que analisou os requisitos subjetivos do livramento condicional à luz das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019. Inspira-nos, ainda, a necessidade de contrapor referido julgado à decisão de outro caso concreto, olhando-a com lentes críticas: o julgado lançado pelo TJPR no Agravo em Execução Penal nº 0015612-53.2010.8.16.0083

Para tanto, o presente trabalho será dividido da seguinte forma: a) exposição dos requisitos subjetivos do livramento condicional, antes e depois da reforma operada pela Lei 13.964/2019; b) análise do precedente do STJ, exarado após a entrada em vigor do Pacote Anticrime, a fim de concluir qual é o papel desempenhado por faltas graves praticadas no curso da execução, como

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Conceito e método da ciência do direito penal. São Paulo: RT, 2002, p. 110.

10 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, pp. 228-231, com a crítica ao excessivo caráter abstrato do método sistemático e a respectiva proposta para corrigi-lo.

fatores impeditivos – ou não - da concessão do *favor rei*; c) verificação de se a lei nova se mostra mais favorável ao réu ou se, ao contrário, trata-se de *novatio legis in pejus,* a partir das conclusões pretéritas, extraídas do precedente.

Eis o roteiro.

2. Falta grave como óbice à concessão do livramento condicional e pacote anticrime: o antes e o depois

Antes da mudança operada pela Lei 13.964/2019 – Pacote Anticrime, o artigo 83 do Código Penal exigia a observância dos seguintes requisitos de ordem subjetiva para que o agente tivesse direito ao livramento condicional, a saber: a) comportamento satisfatório durante a execução da pena; b) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; c) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

À vista destas exigências, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, para apreciação do primeiro requisito subjetivo, tangente ao bom comportamento carcerário, poderia se invocar o histórico de faltas graves cometidas no curso da execução. Note-se que a Corte considerava não preenchida a condição acaso o sentenciado praticasse falta grave, independentemente da ocorrência ser próxima ou remota em relação à data de aperfeiçoamento da fração mínima de execução necessária à obtenção do benefício, variável em 1/3, ½ ou 2/3, segundo os perfis de sentenciados previstos no art. 83, incisos I, II e V, CP.

Portanto, a prática de falta disciplinar no curso da execução servia como indicativo da ausência de bom comportamento por parte do agente, de modo a impedir a aquisição do benefício do livramento condicional.

A partir da reforma promovida pela Lei 13.964/19, o livramento condicional sofreu alterações no tocante aos requisitos de ordem subjetiva. A nova redação do artigo 83 passou a condicionar a concessão do benefício ao não cometimento de falta grave nos 12 (doze) meses anteriores ao pleito.

A questão é saber se, com a nova lei, faltas anteriores aos 12 (doze) meses permanecem como fatores capazes de impedir o livramento. O precedente do C. STJ eleito para pautar as conclusões indica o caminho a ser seguido.

2.1. Requisitos subjetivos do livramento condicional antes e após a reforma

Como se sabe, o livramento condicional é um instituto de política criminal por meio do qual se permite que o sentenciado antecipe sua reinserção no

convívio social[11]. Não é regime executório de privação de liberdade, mas seu sucedâneo natural, num sistema caracterizado pela ideia de progressividade no retorno a plenitude do *status libertatis*. Tanto é sucedâneo natural que o período de prova do livramento corresponde ao tanto da pena restante, a partir da concessão. Combina requisitos objetivos e subjetivos que evidenciam merecimento, derivado do tempo de execução e modo de portar-se no horizonte dela – uma análise voltada ao que se passou durante o resgate da pena -, com a prognose de que a antecipação da liberdade será bem aproveitada pelo agente – análise projetada ao que virá. Orienta-se pelo fim de prevenção especial positiva que as penas idealmente pretendem realizar, inclusive porque a "expectativa de uma saída antecipada do cárcere pode influir positivamente sobre a disponibilidade do autor a uma atitude colaboradora durante sua estada no cárcere"[12]. Outrossim, realiza o dever-ser normativo da individualização da pena, estribado na regra do art. 5º, XLVI, CR. Assim, o condenado a uma pena privativa de liberdade pode sair do estabelecimento antes do término da pena fixada na sentença, mediante o preenchimento de determinados requisitos e aceitação de certas condições.

Para a concessão do benefício, são exigidos os já aludidos requisitos objetivos de frações de cumprimento de pena, além de requisitos subjetivos, conforme descrito no artigo 83 do Código Penal.

Antes da mudança operada pela Lei 13.964/2019, o artigo 83 do Código Penal tinha a seguinte redação:

> "Art. 83- O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> I- cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

11 Antecipação da liberdade, frisa DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. 6a. ed. Sâo Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 842. O autor não considera o livramento um favor rei ou direito subjetivo do réu, mas uma resposta penal. De nossa parte, consideramo-lo integrado à execução como favor legal, à medida que desinstitucionaliza a execução em período no qual não necessariamente haveria este impacto em favor do sentenciado.

12 JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5a. ed. Granada: Comares, 2002, p. 915.

> II- cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> III- comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)
>
> Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinqüir. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

Portanto, os requisitos subjetivos do artigo 83, na redação antiga, estatuíam uma apreciação rigorosa da atitude do sentenciado no curso da execução, balizada mediante dois indicadores: a) comportamento satisfatório; b) desempenho laboral adequado. Evidente que representavam tentativas de traçar parâmetros objetivos para uma apreciação judicial carregada de discricionariedade. Auxiliavam a mitigar, porém não afastavam o caráter subjetivo que há em como e quando se tacha como satisfatório o comportamento executório, ou como bom o desempenho no trabalho. A determinação de certeza, reclama-

da pelo princípio da reserva legal como vertente[13], fragiliza-se.

De outro lado, é visível a redundância do segundo parâmetro em relação ao primeiro: o bom desempenho no trabalho é um fascículo do comportamento executório satisfatório. Não o esgota, mas certamente o compõe. Vê-se, outrossim, a aposta na laborterapia como técnica integrada à execução penal, no afã de obter-se prevenção especial positiva, perseguindo o ideal bastante criticado[14] – e tão mal sucedido, ante as decantadas taxas de reincidência por parte de egressos – de ressocialização.

O terceiro critério, atinente à aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto, apresentava-se como autêntica apreciação de personalidade, do perfil pessoal do sentenciado, evidenciando a herança de direito penal de autor que reside no momento da execução penal. De todo modo, a individualização da pena, exigida pela Carta Constitucional, reclama apreciações que tenham o perfil do agente como objeto, quando da realização dos prognósticos de suficiência de que dependem favores legais como o livramento condicional. Nesta linha, aliás, a concessão do livramento para condenados por crimes dolosos com modais de violência ou grave ameaça, exige aferição de condições pessoais que endossem prognose de ausência de recidiva (art. 83, parágrafo único). Novamente, o caráter discricionário e a falta de balizas tornam temerária a análise, faltando à lei maior taxatividade para orientar reportada aferição.

Antes do Pacote anticrime, o STJ pacificara a ideia de que o requisito subjetivo do bom comportamento carcerário não estaria preenchido acaso o

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 JAÉN VALLEJO, Manuel. Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, pp. 35-38; TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29.

14 O modelo de prevenção especial, positiva (ressocialização por emenda ou intimidação) ou negativa (neutralização), deita raiz no pensamento perigosista da segunda metade do século XIX, que partia de uma concepção de ser humano cujas ações eram regidas por leis deterministas. Representativo, VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. 100. Nesta perspectiva, o crime era sintomático de personalidades desviantes e a meta estatal girava em torno da necessária defesa social diante de agentes assim identificados. A ressocialização, em tal panorama, dava-se a partir de um certo poder estatal de definir modos ideais de ser, com sanções de perfil medicamentoso, em clara inclinação a um modelo de direito penal de autor. A síntese das críticas é irretocável no clássico "Sentido e limites da pena estatal", ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Coimbra: Vega, 1986, pp. 20-22. Ver também ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Culpabilidad o equivalente funcional de la peligrosidad?". In: Direito Criminal. Coord. José Henrique Pierangelli. Vol. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 18-19. As possibilidades de prevenção especial exigem concordância do agente, numa visão atualizada, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária. São Paulo: RT, 2001, p 169. De todo modo, o ideal ressocializador parece ter sido deixado de lado a partir da hegemonia de teorias da pena de perfil preventivo geral integrador, como diagnostica FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. A legitimidade da pena estatal. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, pp. 63-66. As razões de debilitação das teorias de prevenção especial são sintetizadas por ele às f. 49-58.

sentenciado praticasse faltas graves, no curso da execução, independentemente das respectivas datas de ocorrência – se próximas ou antigas. Somente a título de exemplo, vale citar os seguintes precedentes:

> EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME. CUMPRIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. INADMISSIBILIDADE. ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO POR ESTA CORTE SUPERIOR. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRANSFERÊNCIA DO CONDENADO PARA PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Segundo reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a conduta do reeducando, no curso do cumprimento da pena, deve ser avaliada de forma global e contínua, sendo inadmissível qualquer limitação temporal para a consideração das faltas por ele cometidas na análise do preenchimento do requisito subjetivo para a obtenção de progressão de regime 2. A prática de falta disciplinar de natureza grave (prática de novo crime durante livramento condicional anteriormente concedido e tendo ficado evadido por mais de 3 anos), demonstra uma conduta carcerária conturbada e é causa suficiente para o indeferimento do benefício legal. 3. (...) 5. Agravo regimental desprovimento. (AgRg no HC 529.214/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 16/12/2019)

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIDO. HISTÓRICO PRISIONAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE RECENTE. BENEFÍCIO INDEFERIDO. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, a prática recente de falta grave

pelo apenado no curso da execução penal (em 9/1/2018) - posse de aparelho celular - constitui motivo idôneo para indeferir o livramento condicional, por ausência do preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 83, III, do Código Penal. Precedentes. 2. Embora a prática de falta disciplinar grave não interrompa a contagem do prazo para fins de livramento condicional (Súmula n. 441), impede a concessão da benesse por evidenciar a ausência do requisito subjetivo relativo ao comportamento satisfatório durante o resgate da pena, nos termos do que exige o art. 83, III, do Código Penal. 3. O citado dispositivo legal não determina um período específico de aferição do requisito subjetivo, de modo que o bom comportamento carcerário deve ser analisado em todo o tempo de execução da pena. 4. (...) 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 529.885/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 23/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTAS GRAVES. AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A teor do disposto no art. 83 do Código Penal, o livramento condicional será deferido aos condenados com pena privativa de liberdade superior a 2 anos, desde que atendidos determinados requisitos objetivos e subjetivos, constituindo estes na comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, a saber, observância das obrigações que lhe foram impostas, bom desempenho no trabalho que lhe fora atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. 2. Segundo entendimento fixado por esta Corte, não se aplica limite temporal para a análise do preenchimento do requisito subjetivo, devendo

ser considerado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado. Precedentes. 3. Desse modo, no caso concreto, o cometimento de 12 (doze) faltas graves durante a execução penal é causa suficiente para o indeferimento do benefício legal, consoante exposto no art. 83, III, do Código Penal. 4. (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 533.069/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 30/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. HISTÓRICO CARCERÁRIO. FALTA GRAVE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. AFASTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE NA VIA DO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte pacificou o entendimento segundo o qual, apesar de a falta grave não interromper o prazo para a obtenção de livramento condicional, Súmula n. 441 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, as faltas disciplinares praticadas no decorrer da execução penal justificam o indeferimento do benefício, pelo inadimplemento do requisito subjetivo. 2. Cumpre ressaltar, que não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo, devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado, mormente como no caso dos autos, em que o sentenciado praticou novo delito em data não muito remota. 3. (...) Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 458.687/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 08/11/2018)

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATU-

REZA GRAVE. AVALIAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE. I - Esta Corte Superior de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que "a aplicação de um critério temporal na análise do requisito subjetivo para o livramento condicional não pode ser limitado a um brevíssimo período de tempo, qual seja, os últimos 6 (seis) meses de cumprimento de pena, devendo-se proceder ao exame do mérito durante todo o curso da execução penal" (AgRg no AREsp n. 733.396/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 9/3/2016). II - Conquanto não interrompa a contagem do prazo para fins de livramento condicional (Súmula 441/STJ), a prática de falta grave impede a concessão do referido benefício, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante o resgate da pena, nos termos do art. 83, III, do Código Penal, e que deve ser aferido durante todo o período de cumprimento da punição. Precedentes. III - (...) (AgRg no REsp n. 1.444.666/MT, Sexta Turma Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/8/2014). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1720745/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL INDEFERIDO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. EMPREENDEU FUGA DO SISTEMA PRISIONAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tri-

bunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. Esta Corte superior pacificou o entendimento segundo o qual, apesar de a falta grave não interromper o prazo para a obtenção de livramento condicional - Súmula n. 441/STJ -, as faltas disciplinares praticadas no decorrer da execução penal justificam o indeferimento do benefício, pelo inadimplemento do requisito subjetivo. 3. Não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo, devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado. Precedentes. Na hipótese, o pedido de livramento condicional foi indeferido ao paciente pelo Tribunal a quo com fundamento no histórico do apenado, que cometeu falta grave no curso da execução - empreendeu fuga do sistema prisional quando beneficiado com saídas temporárias. Habeas corpus não conhecido. (HC 431.217/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 24/04/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE. PERÍODO. CUMPRIMENTO DA PENA. TOTALIDADE. LIMITE TEMPORAL. INEXISTÊNCIA. REQUISITO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. A falta disciplinar de natureza grave, apesar de não interromper o prazo para a obtenção do livramento condicional, pode ser utilizada para justificar o não preenchimento do requisito subjetivo. Precedentes. 2. Para a concessão do livramento condicional, deve ser analisado o comportamento global do reeducando durante todo período de execução da reprimenda, de acordo com o art. 83, III, do Código Penal. Precedentes. 3. (...). 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no

AREsp 661.937/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ART. 83, III, DO CP. REQUISITO SUBJETIVO. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO. DESCABIMENTO. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. NÃO INCIDÊNCIA. DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA. 1. O objeto do recurso especial cingiu-se à possibilidade de limitação temporal para a averiguação dos requisitos subjetivos inerentes à concessão do livramento condicional, sendo despicienda a análise de direito local para a solução da demanda. Não incidência da Súmula 280/STF. 2. O fato de a Corte de origem ter colocado limite temporal quando da análise do requisito do comportamento satisfatório durante a execução da pena, por si só, é suficiente para caracterizar a violação do art. 83, III, do Código Penal. 3. Na progressão de regime, a interrupção do prazo é sanção obrigatória àquele que comete falta grave. Esta, entretanto, não impede peremptoriamente a concessão do livramento condicional. Pode o magistrado, dentro de seu livre convencimento motivado, entender ter havido comportamento satisfatório durante a execução da pena e conceder o benefício, apesar da falta grave. E, nessa análise para fins de livramento condicional, não é aferida apenas a existência de falta grave, como ocorre no caso da progressão, mas é levado em consideração todo o contexto da execução da pena. Inexiste, assim, dupla punição pela mesma falta grave. 4. No caso concreto, o Juízo da execução entendeu que o comportamento carcerário não recomendava a concessão da liberdade condicional não apenas em razão da prática de falta grave, mas também

> por causa de outras circunstâncias que, embora a ela relacionadas, com ela não se confundem, tais como o fato de ter sido cometida no ano anterior ao pedido de livramento condicional e quando estava o reeducando usufruindo do benefício de saída temporária. 5. É inviável a análise de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. 6. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1580988/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 19/05/2016)

Assim, de acordo com o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta disciplinar durante a execução, independentemente da data em que cometida, impedia o livramento condicional, desde que revelasse situação executória incompatível com a ideia de comportamento satisfatório. Portanto, de um lado, não havia limite temporal para a aferição da falta disciplinar. De outro, contudo, as faltas disciplinares não necessariamente maculariam o prontuário do apenado, a ponto de impedir o benefício, mas apenas se indicassem ausência de comportamento satisfatório. Neste sentido, uma falta antiga e isolada eventualmente não impediria o favor.

A partir da reforma promovida pela Lei 13.964/19, o livramento condicional sofreu acréscimos no tocante aos requisitos de ordem subjetiva. A nova redação do artigo 83 manteve os requisitos antigos - logo, as considerações e críticas acima elencadas continuam hígidas. Sem embargo, somou-se uma nova condição negativa para o livramento condicional, na dicção do inciso III, alínea b: o cometimento de falta grave nos 12 (doze) meses anteriores ao preenchimento da fração mínima de execução penal exigida para o *favor rei*. Ficou assim a regra jurídica:

> “Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - comprovado: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) bom comportamento durante a execução da pena; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinqüir. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

Assim, pela atual redação do artigo 83, inciso III, do Código Penal, para

o condenado obter o benefício do livramento condicional, é necessário comprovar comportamento satisfatório durante a execução da pena, o não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para promover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

A partir disso, é possível que surja a seguinte dúvida: com o advento da Lei 13.964/2019, as únicas faltas graves capazes de obstar a concessão do livramento condicional passaram a ser aquelas ocorridas dentro do lapso de 1 ano antes do implemento da respectiva fração autorizatária? No presente trabalho, demonstrar-se-á, a partir de posicionamento do STJ, que não.

2.2. Posicionamento do superior tribunal de justiça após o advento da lei 13.964/2019 – Habeas corpus nº. 564.292/Sp

Em 16 de junho de 2020, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou o Habeas Corpus nº. 564.292/SP (2020/0051148-3), da relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik. Após, em 23 de junho, publicou-se no Diário da Justiça o acórdão assim ementado:

> “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL INDEFERIDO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO. FALTAS DISCIPLINARES MÉDIAS E GRAVES. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. As faltas graves praticadas pelo apenado durante todo o cumprimento da pena, embora não interrompam a contagem do prazo para o livramento condicional, justificam o indeferimento do benefício por ausência do requisito subjetivo. 3. Não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo, devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado. Precedentes. (...) 5. Habeas corpus não conhecido.”

Trata-se de Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no Agravo em Execução n. 7003861-20.2019.8.26.0482.

Importa fazer uma síntese do processo. De início, o Juízo das Execuções indeferiu o pedido de livramento condicional formulado em favor do paciente, em razão da prática de diversas faltas disciplinares de natureza média e grave pelo sentenciado no curso da execução da pena. Sendo assim, diante da ausência de comportamento satisfatório durante todo o período de cumprimento da pena, o d. Magistrado sustentou que não houve o preenchimento, pelo apenado, do requisito subjetivo para a concessão do livramento condicional.

Interposto agravo em execução pela Defesa, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, mantendo o entendimento de primeiro grau.

Daí é que resultou a impetração do HC. No *mandamus*, a Defesa alegou que o apenado preencheu os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do livramento condicional, motivo pelo qual o deferimento do benefício seria impositivo.

Eis o caso concreto, ulterior à edição do Pacote Anticrime.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo não conhecimento do *habeas corpus*, por ser inadequado o manejo do *writ* em substituição a recurso próprio (no caso, seria cabível recurso especial contra o acórdão do TJSP). No entanto, analisou as alegações expostas na inicial para verificar se era o caso de flagrante constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Sustentou, inicialmente, que a prática de falta disciplinar por parte do paciente no curso da execução da pena impede a concessão do livramento condicional, por ausência de preenchimento do requisito do bom comportamento carcerário.

Em seguida, afirmou que, de acordo com o entendimento pacífico da Instância Superior, *"não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo, devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado."*.

Por conta disso, concluiu que as decisões de primeiro e segundo grau estariam de acordo com o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a prática de falta disciplinar no curso da execução da pena, independentemente do período em que praticada, impede a concessão do benefício, quando revelar ausência de bom comportamento.

Concluiu, por fim, que inexistiu constrangimento ilegal no indeferimento do livramento condicional.

Vale lembrar que o precedente sob análise é posterior à entrada em vi-

gor do Pacote Anticrime, que modificou o artigo 83 do Código Penal. A partir dele, é possível perceber que a Instância Superior manteve o entendimento anterior à reforma, de que as faltas graves, ainda que antigas, servem para barrar o livramento condicional, quando indicarem ausência de bom comportamento durante a execução da pena.

O Código Penal, no artigo 83, ao exigir a comprovação de bom comportamento durante a execução da pena, visa garantir que o acusado possui reais condições de voltar a conviver em sociedade. Sendo assim, o "bom comportamento" abrange as mais diversas condutas que o apenado pode realizar durante a execução da pena, dentro e fora do cárcere. Alberga, portanto, o comportamento do apenado no trabalho externo, na frequência a cursos de instrução e profissionalizantes, durante os períodos de permissões de saídas e saídas temporárias, no transcurso do regime aberto etc.

Nessa linha, a prática de faltas disciplinares, conquanto não esgote a análise, serve para revelar com grande razão a existência de conduta incompatível com a noção de bom comportamento, constituindo indício de que o sentenciado não possui reais condições de ser contemplado com benefício que abrevia a íntegra da pena transitada em julgado e a ele imposta.

Assim, a Lei 13.964/19, ao reformar o artigo 83 do Código Penal para incluir a necessidade de o apenado não ter cometido falta grave nos 12 meses anteriores ao alcance da fração executória que autoriza a benesse, não provocou mudança no sentido de que o comportamento insatisfatório possa se revelar por faltas mais antigas. Apenas traçou um parâmetro a mais para global verificação do merecimento do benefício. Tornou claro que, independentemente das conclusões do magistrado sobre o comportamento ter ou não sido satisfatório até então, na forma do art. 83, III, a, CP, a prática de falta grave nos imediatamente anteriores 12 meses constitui impeditivo legal a barrar o benefício, *ex vi* art. 83, III, b.

De tudo se recolhe que a lógica para as faltas graves praticadas há mais de um ano, continuou a mesma que existia antes do Pacote Anticrime: é possível que elas afastem o benefício quando indicarem ausência de bom comportamento durante a execução da pena. A elas podem se somar, naturalmente, as faltas leves e médias. O papel das faltas graves, com independência da data em que praticadas, como critério para valorar o comportamento executório, na via do art. 83, III, a, CP, continua firme. Para o efeito de constituírem elementos destinados a aquilatar mau comportamento executório, não há limitação temporal para a aferição de tais faltas.

Por outro lado, a partir da redação atual, a falta grave praticada dentro do período de um ano, ainda que isolada, implica, automaticamente, na impossibilidade de concessão do livramento condicional, mesmo que não haja elementos para aquilatar – no mais – mau comportamento do agente. Ou seja,

mesmo que, no caso concreto, a falta grave não traduza obrigatoriamente ausência de comportamento satisfatório, o agente não terá o benefício reconhecido em seu favor.

Veja-se, portanto, que a nova lei não limitou a análise da falta grave para fins de concessão do livramento condicional ao prazo de 1 ano, enquanto critério para verificar bom ou mau comportamento carcerário (alínea a, art. 83, III, CP). A Lei 13.964/2019, na verdade, incluiu uma condição a mais para a concessão do benefício – não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses –, não deixando de exigir a necessidade de bom comportamento durante a execução da pena.

Desse modo, as faltas graves praticadas há mais de um ano continuarão servindo para impedir o livramento condicional, desde que indiquem ausência de comportamento satisfatório do agente, assim como já ocorria na redação anterior. Contudo, com a redação atual, as faltas graves praticadas nos últimos doze meses automaticamente impedirão a concessão do benefício.

2.3. A atual redação do artigo 83, iii, cp, como *novatio legis in pejus*

Como visto, a Lei 13.964/2019 criou uma condição a mais para o agente ter direito ao benefício do livramento condicional, passando a exigir que o apenado não tenha cometido falta grave nos últimos 12 meses. Não impediu, contudo, a análise das faltas graves com mais de um ano na perspectiva de revelar comportamento incompatível com aquele que permitiria o livramento.

De fato: com o advento da Lei 13.964/19, a falta grave, quando praticada nos últimos 12 meses, passou a constituir óbice automático ao reconhecimento do livramento condicional, tendo em vista a regra do art. 83, III, “b”, do CP. No entanto, nos termos do art. 83, III, “a”, do CP, quando praticada há mais de um ano, ela também pode impedir a concessão do benefício, quando revelar ausência de comportamento satisfatório durante a execução da pena – assim como já ocorria com a redação anterior.

Desse modo, é certo que a lei nova não se mostra mais favorável ao réu. Pelo contrário: trata-se de verdadeira *novatio legis in pejus*.

Nesse ponto, importa registrar alguns entendimentos equivocados sobre o tema pontualmente manifestados na jurisprudência. É o caso do precedente exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento do Agravo em Execução Penal nº 0015612-53.2010.8.16.0083, 3ª. Câmara Criminal, Relator Desembargador Gamaliel Seme Scaff. Usa-se o precedente para contrapô-lo à orientação do STJ e para abertura de diálogo, nos termos registrados a partir da antecitada passagem de Gimbernat.

No julgado, a Corte Estadual paranaense concedeu o benefício do li-

vramento condicional ao agravante, mesmo diante do reconhecimento de que ele cometera, durante a execução da pena, falta disciplinar de natureza grave. Constou o seguinte da ementa:

> "AGRAVO NA EXECUÇÃO - DECISÃO QUE INDEFERE O LIVRAMENTO CONDICIONAL EM RAZÃO DA FALTA GRAVE HOMOLOGADA - INSURGÊNCIA DA DEFESA - INCIDÊNCIA DA LEI 13.964/2019 QUE SE MOSTRA FAVORÁVEL AO APENADO - ART. 83, III, 'B', CP - FALTA GRAVE HOMOLOGADA HÁ QUASE DOIS ANOS - PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - DECISÃO REFORMADA. AGRAVO NA EXECUÇÃO PROVIDO."

Sustentaram os d. Desembargadores que, com o advento da Lei 13.964/2019, que reformou o artigo 83 do Código Penal, a análise da falta grave para fins de concessão do livramento condicional, passou a ser limitada ao prazo de 1 ano. Compreenderam como *novatio legis in mellius* a redação do art. 83, III, "b", a partir da reforma promovida, ao elencar como requisito subjetivo à concessão do benefício, o *"não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses".*

Segundo o acórdão, faltas graves só poderão barrar o livramento se cometidas dentro do último ano anterior ao preenchimento da fração temporal de execução penal necessária ao *favor rei.* Se a redação antiga não impunha qualquer limite temporal ao requisito subjetivo, a atual redação do art. 83 teria sido mais benéfica ao agente, devendo, portanto, ser aplicada de maneira retroativa. Com isso, como o cometimento da falta grave, no caso, ultrapassara o período de 1 ano, a Corte Estadual entendeu que não haveria óbice à concessão do livramento condicional em favor do apenado.

Ora, as exigências contidas no regime decaído para a concessão do livramento foram, na verdade, *ampliadas,* de modo que a nova lei é mais gravosa. Constitui *lex gravior, novatio legis in pejus,* não retroativa. A lei continua exigindo bom comportamento carcerário durante toda a execução. Para além, exige que não haja falta grave no último ano anterior ao preenchimento da fração executória reclamada como requisito objetivo para o favor legal.

Nesta perspectiva, o CP atual – em nenhum momento – sugere a ideia de que o bom comportamento carcerário deva ser aquilatado analisando-se tudo que cerca a execução penal do sentenciado, exceto as faltas graves com mais de um ano. Fosse correto o olhar lançado no citado julgado da Corte parana-

ense, as faltas graves – que constituem os incidentes mais reveladores de mau comportamento – teriam sua análise limitada temporalmente. A verificação do mau comportamento reger-se-ia por fatores menos relevantes no curso da execução – estes, sem limite temporal...

Nesta senda, teríamos que admitir a incoerente conclusão de que eventos menos relevantes, com mais de um ano, seriam os parâmetros capazes de barrar a concessão do benefício, por revelarem mau comportamento carcerário. Já faltas graves com mais de um ano, com grande ressonância na análise do comportamento do sentenciado e seu mérito, seriam desprezadas. Faltas leves ou médias, ou o atestado de mau comportamento sequer caracterizador de falta, balizados temporalmente em período superior a um ano, barrariam o benefício. Faltas graves superiores a um ano não. Uma autêntica inversão de valores na atribuição de peso aos eventos da execução penal.

E não se fale que, se estão barradas faltas graves com mais de um ano para aquilatar o comportamento insatisfatório, também o estão as leves e médias. Afinal, se tudo o que ocorreu de faltas em período superior a um ano não puder ser convocado pelo juiz como critério para pesar o comportamento (in) satisfatório, com que balizas a análise em questão será realizada?

A prevalecer esta tese, estaria esvaziado o requisito do comportamento satisfatório durante a execução, cuja análise resumir-se-ia ao não cometimento de falta grave no último ano. Nada, aliás, justificaria a própria preservação da alínea a do inciso III, art. 83, na nova redação. Seria letra morta, quase como equívoco do legislador que, em vez de trocar a redação da atual alínea a pela redação da alínea b, somou-as...

Ora, não é correto este olhar.

Repita-se: o Código Penal continua exigindo o bom comportamento durante a execução da pena, de modo que o cometimento de faltas disciplinares, independentemente do período em que praticadas, podem barrar o benefício. Compõem, junto de outros fatores, o mosaico pelo qual se forma a imagem do comportamento insatisfatório.

Para além disso, passou-se a exigir a ausência de falta grave nos 12 meses anteriores ao preenchimento da fração de autorização do favor legal. Antes da alteração, aquele que cometia falta grave apenas deixava de ter o benefício se ela pudesse servir para constituir o panorama da ausência de bom comportamento. Convém frisar que a falta não levava automaticamente a esta conclusão[15]. Com a redação atual, essa regra continua. E agora, nos casos em que a falta grave foi praticada nos 12 meses anteriores ao pleito, o beneficio será automaticamente barrado, pouco importando se o comportamento foi, no

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

15 BUSATO, Paulo César. Direito Penal. Parte Geral. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 962.

mais, satisfatório.

Vale anotar que, a partir da falta grave, mesmo cumprida a fração para obtenção do *favor rei,* o sentenciado terá que aguardar ao menos um ano para afastar a condição negativa do art. 83, III, b, como uma espécie de "novo período de prova"[16], adstrito à condição – até por força da continuidade da validade da Súmula 441, STJ, após a Lei 13.964/19. Porém, a superação do "período de prova" em questão não implicará na garantia de que obterá o benefício, podendo a própria falta grave, como já exposto, motivar avaliação de que o comportamento executório mostrou-se insatisfatório.

A mudança no art. 83, CP patrocinada pelo Pacote Anticrime, portanto, constituiu *lex gravior.*

3. Conclusões

a) O Pacote Anticrime criou uma condição negativa para a concessão de livramento condicional: a prática de falta grave nos últimos 12 meses anteriores ao implemento da fração de execução penal que autoriza o benefício.

b) Em paralelo, manteve a exigência de o sentenciado possuir comportamento satisfatório durante a execução penal para obter o *favor rei*.

c) O acréscimo de condição, mantidas aquelas que existiam anteriormente à mudança do regime jurídico, evidencia que o novo art. 83, CP, apresenta-se como *novatio legis in pejus.* Portanto, não retroage.

d) Sentenciados por crimes cometidos antes do início da vigência da Lei 13.964/19 poderão obter o livramento condicional ainda que pratiquem falta grave nos últimos 12 meses anteriores ao implemento da fração de pena autorizatária. Basta o juiz concluir que, nada obstante a falta, o comportamento executório não foi maculado, a partir da convocação de outros aspectos concretos que assim indiquem.

e) Sem embargo, a prática de falta grave durante a execução, pouco importando se dentro ou fora do citado lapso de 12 meses, geralmente convocada como baliza para evidenciar comportamento insatisfatório e barrar o benefício, continua a cumprir este papel.

f) Atualmente, se o agente cometer falta grave no citado lapso de 12 meses, perde automaticamente a possibilidade de obter livramento condicional, tudo na letra do art. 83, III, b, CP. Acaso a falta seja anterior, ela poderá indicar a necessidade de barrar o benefício pelo comportamento insatisfatório, na via do art. 83, III, a, CP.

g) Se o legislador tivesse a intenção de impedir que faltas graves com

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 Neste sentido, SOUZA, Renee do Ó e LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. Lei Anticrime – Comentários à Lei 13.964/2019. São Paulo: D´Plácido, 2020, p. 19.

mais de 12 meses fossem invocadas como constitutivas de comportamento insatisfatório durante a execução, forçaria o juízo a aquilatar a condição do art. 83, III, a, CP, com critérios de menor relevo, numa estranha valorização: a) das faltas leves e médias em detrimento das graves; b) de episódios sequer constitutivos de faltas.

h) Se o impedimento do uso de faltas leves e médias com mais de 12 meses fosse imposto como conclusão *a fortiori,* derivada da limitação temporal a faltas graves com menos de 12 meses como critério de aferição do caráter satisfatório do comportamento, o requisito do art. 83, III, a, CP, ficaria manco em suas balizas de avaliação e esvaziado quanto à sua incidência.

i) O comportamento insatisfatório do sentenciado, art. 83, III, a, CP, não equivale à prática de falta grave dentro de 12 meses, art. 83, III, b, CP. Do contrário, a manutenção da alínea a do inciso III, art. 83, CP, na nova redação, seria ociosa. A interpretação da nova regra como *lex mitior* leva a esta inadequada equivalência.

4. Bibliografia

BAECKER, Dirk. “Por qué una teoría de sistemas?”. In: Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación. Lima: Ara, 2007.

BATISTA, Nilo. Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I. 2a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal. Parte Geral. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DARNTON, Robert. El beso de Lamourette Reflexiones sobre historia cultural. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 2010.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. 6a. ed. Sâo Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. A legitimidade da pena estatal. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Conceito e método da ciência do direito penal. São Paulo: RT, 2002.

HUME, David. Investigação sobre o entendimento humano. São Paulo: Editora Hedra, 2009.

JAÉN VALLEJO, Manuel. Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5a. ed. Granada: Comares, 2002.

MOCCIA, Sergio. El derecho penal entre ser y valor. Montevideo-Buenos Aires, BdF, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária. São Paulo: RT, 2001.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.
__________. Problemas fundamentais de direito penal. Coimbra: Vega, 1986.

SEVERINO, Emanuele. Istituzioni di Filosofia. Brescia: Morcelliana, 2010.

SOUZA, Renee do Ó e LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. Lei Anticrime – Comentários à Lei 13.964/2019. São Paulo: D´Plácido, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Culpabilidad o equivalente funcional de la peligrosidad?”. In: Direito Criminal. Coord. José Henrique Pierangelli. Vol. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

25 de agosto de 2020.

OS LIMITES DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Fernanda da Silva Soares[1]

Mariane de Matos Aquino[2]

SUMÁRIO

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o limite processual para o oferecimento do acordo de não persecução penal, introduzido no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964/2019, nas ações penais em andamento antes da vigência da alteração legislativa. Para tanto, apresentar-se-ão notas introdutórias acerca da justiça penal negocial no Brasil; tratar-se-á dos principais desdobramentos do acordo de não persecução penal, bem como de aspectos de direito intertemporal, a fim de abordar os momentos processuais em que o acordo pode ser proposto. Acrescente-se que o presente trabalho será desenvolvido a partir do método procedimental hipotético-dedutivo para verificar se a hipótese proposta poderá ser confirmada, e a técnica de pesquisa será a documental, através de fontes primárias, como leis e decisões judiciais, e fontes secundárias com pesquisa doutrinária.

PALAVRAS-CHAVE: justiça penal negocial; pacote anticrime; acordo de não persecução penal; retroatividade; limites para o oferecimento.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Promotora de Justiça. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2020 – 2022). Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2007).

2 Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2020 – 2022). Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2019-2020). Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

1. Introdução

O presente trabalho propõe a abordagem do tema da justiça penal negocial, especificamente tratar-se-á acerca da necessidade de se estabelecer limites sobre os momentos processuais em que o acordo de não persecução penal pode ser proposto nos casos já em andamento antes da entrada em vigor do artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido através da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como "Pacote Anticrime".

Nessa perspectiva, faz-se necessário, a fim de contextualização do tema proposto, tratar de pontos fundamentais acerca da justiça penal negocial no direito brasileiro, uma vez que o cenário criminal também tem sido pautado por uma ideia de negociação e consenso, que ganhou ainda mais relevância com o acordo de não persecução penal, cujos principais desdobramentos serão abordados, tendo em vista a importância do referido instituto que pode ser aplicado para um número significativo de tipos penais. Após, abordar-se-á lições introdutórias sobre o direito intertemporal, que servirá de base para análise dos momentos processuais em que o acordo de não persecução penal pode ser aplicado em relação aos casos que já tramitavam antes da vigência da Lei 13.964/2019.

Isto posto, acrescenta-se que o trabalho será desenvolvido através do método hipotético-dedutivo, para verificar se a hipótese de aplicação do acordo de não persecução penal as ações penais em andamento anterior à entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 e antes do trânsito em julgado se confirma, para tanto utilizar-se-á a técnica de pesquisa de documentação indireta com pesquisa documental de fontes primárias como leis e decisões judiciais, e fontes secundárias através de doutrina.

2. Breves apontamentos sobre a justiça penal negocial

A eficiência com a respectiva necessidade de resultados úteis e produtivos, tem servido de base para pautar diversos ramos do Direito e orientar a atuação do Poder Judiciário, que, diante da escassez de recursos, ainda não é capaz de apresentar soluções tempestivas e satisfatórias para todas as situações que lhe são apresentadas. Nesse campo, uma das principais ferramentas para atingir a eficiência no cenário jurídico é a negociação, já que o consenso, a composição entre as partes, evita a multiplicação de conflitos e demandas judiciais.

Com isso, os instrumentos negociais têm contribuído para uma mudança de paradigma no mundo jurídico, pois permitem, concomitantemente, que sejam atingidas as expectativas e objetivos do Estado, da vítima e dos sujeitos processuais, seja pela diminuição de custos decorrentes das tramitações

processuais, seja por uma solução mais célere e com resultados positivos para as partes envolvidas. Contudo, embora a justiça negocial, em regra, possa trazer mais benefícios do que custos, é sabido que não seria possível eliminar o modelo conflitivo, pois de acordo com Flávio da Silva Andrade, o modelo consensual não deve afastar o modelo conflitivo, devem coexistir e se completar, propiciando resultados favoráveis a todos os interessados[3].

Nesta linha, a área criminal também passou a adotar mecanismos[4]de consenso. A justiça penal negocial, de acordo com Vinicius Vasconcellos , é o modelo pautado pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, encerrando ou abreviando alguma fase do processo com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção com algum percentual de redução, caracterizando um benefício para o imputado.

Nota-se que a justiça penal negocial tem sido muito utilizada em países do *common law,* produzindo resultados úteis e evitando a sobrecarga do Judiciário, a título de exemplo, a composição tem contribuído para soluções satisfatórias no que diz respeito à necessidade de uma resposta judicial célere para a vítima e para a própria sociedade, de modo que os institutos de negociação podem ser úteis para determinados tipos de infrações e, principalmente, para evitar o colapso do sistema de Justiça, com sérias dificuldades de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que possam aplacar satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes[5].

De acordo com Brend Schünemann[6], embora crítico da justiça penal negocial, não há como ignorar que o *plea bargaining* expandiu-se para quase a totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna. Dessa forma, verifica-se que países como a Itália, Alemanha, Chile e Argentina têm reafirmado a tendência de adoção de modelos de negociação.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual, controvérsias e desafios. Salvador, JusPodivm, 2019, p. 285;

4 VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 55;

5 SOUZA, Renee Ó de, CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020;

6 SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240;

Nesse contexto, o direito brasileiro também tem caminhado para um novo paradigma de negociação no âmbito criminal, é possível mencionar alguns institutos que demonstram a presença da composição e oportunidade no processo penal, como por exemplo, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos na Lei nº 9.099/95, bem como da colaboração premiada, que embora já prevista na Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos), Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), Lei nº 9.807/99 (proteção às vítimas e testemunhas), Lei nº 11.343/2006 (entorpecentes), apenas teve procedimento regulado com a Lei 12.850/2013 (organizações criminosas), e, do mais recente instituto, o acordo de não persecução penal, inserido no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/19.

Nota-se, portanto, que o caminho para a negociação no âmbito criminal já está sendo trilhado e tem se mostrado benéfico sob o ponto de vista utilitário, quando comparado com a lentidão da justiça criminal brasileira, além de atribuir maior importância ao papel da vítima e contribuir para a recuperação do produto do crime, e com isso verifica-se que a ideia de eficiência fica mais próxima de ser concretizada quando se aplicam os institutos de consenso no processo penal.

3. Principais aspectos do acordo de não persecução penal

Partindo do contexto introdutório acerca da justiça penal negocial, faz-se necessário abordar os principais aspectos do acordo de não persecução penal, relevante alteração no processo penal brasileiro, para, posteriormente, abordar a possibilidade de aplicação do referido instrumento de política criminal as ações penais ajuizadas antes da vigência da alteração legislativa, e, em caso positivo, o limite processual para tanto.

O acordo de não persecução penal, instrumento que amplia o espectro de possibilidade de negociação no âmbito criminal, possibilita a celebração de acordo entre o Ministério Público e o autor da conduta delitiva. Trata-se de uma parente novidade legislativa, mas suas origens no direito interno remontam 2017, com a Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual disciplinava sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, e que, em seu art. 18, introduziu o "acordo de não persecução penal", pelo qual, como o próprio nome sugere, preenchidos determinados requisitos, o Ministério Público poderia propor o acordo que, se aceito e cumpridas as condições propostas, evitaria o oferecimento da denúncia.

Contudo, naquela ocasião, a aceitabilidade do instrumento não foi homogênea, havendo questionamentos acerca de sua constitucionalidade uma

vez que previsto por Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público e não através de lei, sendo objeto das ações diretas de inconstitucionalidade nº 5790 e 5793[7]. No entanto, a Lei nº 13.964/2019, o chamado "Pacote Anticrime", que, de acordo com Rafael Soares e Outros[8], "instituiu profundas alterações que envolvem o sistema de justiça criminal, tendo em vista que introduziu reformulações no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos [...]", superou qualquer eventual vício de legitimidade e introduziu o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, que agora é uma realidade efetivamente posta à serviço do ordenamento jurídico brasileiro.

Leonardo Schmitt de Bem[9], define o acordo de não persecução penal como sendo "uma solução alternativa com o fim de proporcionar celeridade na resolução de casos menos graves, a margem de uma sentença condenatória". Ademais, enquanto negócio jurídico bilateral, apresenta como pilar o consenso entre as partes, pois se estabelece mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral[10].

Nessa conjuntura, nos termos do artigo 28-A no Código de Processo Penal, para o oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal, faz-se necessário que não seja caso de arquivamento; que as infrações penais não tenham sido praticadas com violência ou grave ameaça e a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos[11], e que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Para além desses critérios, tem-se ainda, os denominados requisitos negativos, ou seja: não ser admitida transação penal; não ter sido o sujeito beneficiado nos últimos cinco anos com acordo de não perse-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 Por não ser objeto deste artigo, as discussões doutrinárias acerca da constitucionalidade ou não da Resolução não serão aqui abordadas, mesmo porque, com a edição da Lei nº 13964/19, restaram superadas;

8 SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. Revista do Instituto de Ciências Criminais, vol. 5, dez-maio 2020, p. 214;

9 BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 171;

10 SOUZA, Renee Ó de, CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020, p. 8;

11 No tocante a pena mínima cominada, devem ser consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto. Em se tratando de concurso de crimes, as penas devem ser somadas.

cução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e, não se tratar de crime envolvendo o âmbito da violência doméstica, ou não tiver sido praticado crime contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Faz-se necessário ainda que o indiciado não seja reincidente, nem tenha praticado atos criminosos de maneira habitual, reiterada ou profissionalmente, e ainda, que tenha confessado formal e circunstancialmente a conduta delitiva.

Apresentados os requisitos para a propositura do acordo de não persecução penal, oportuno mencionar as condições para a celebração, mas apenas com o intuito de delinear o instituto, pois, por questões didáticas não serão objeto do presente trabalho, e tampouco a análise se devem ser cumpridas cumulativa ou alternativamente, vez que neste ponto também subsistem divergências doutrinárias. O artigo 28-A do Código de Processo Penal estabelece como condições do acordo de não persecução penal, a serem cumpridas pelo acusado: a reparação do dano, a renúncia à bens e direitos, a prestação de serviço à comunidade, o pagamento de prestação pecuniária ou outra condição proporcional e compatível. Ao Ministério Público, por sua vez, cabe o compromisso de não oferecer denúncia em face do investigado, relativamente aos fatos em que o acordo foi celebrado. Em caso de recusa fundamentada por parte do Ministério Público, reconhecendo a legislação em comento que o oferecimento do acordo é um poder-dever do Ministério Público, previu que o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior de revisão[12], nos termos do §14 do artigo 28-A, do Código de Processo Penal,

Celebrado o acordo, caberá ao juiz homologá-lo por ocasião da audiência designada para verificar a voluntariedade do investigado por ocasião de sua celebração. Trata-se de verificação estritamente formal por parte do magistrado, a quem não cabe interferir na celebração da avença[13]. Caso o magistrado considere as condições inadequadas ou abusivas, deverá remeter os autos ao Ministério Público para perante o investigado e seu defensor renovar

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 No âmbito da justiça estadual perante o Procurador Geral de Justiça, e no âmbito federal, à Câmara de Coordenação e Revisão;

13 Com base em interpretação analógica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário conceder os benefícios da Lei 9.099/95 à revelia do titular da ação penal. A esse respeito, a Súmula 696 deste Supremo Tribunal Federal: “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”. Como a manifestação nos presentes autos provém do próprio Procurador Geral da República, ainda que esta Colenda Turma dela dissentisse, a negativa deveria prevalecer, porquanto a Constituição Federal conferiu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, à qual intimamente ligada a possibilidade de propor a suspensão condicional do processo e a transação. Inquérito 3.438, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., j. 11.11.2014;

a proposta.

Por fim, diante de eventual não cumprimento do acordo por parte do investigado, o Ministério Público oferecerá denúncia. O mesmo, quando, posteriormente, descobrir que houve falsidade na confissão ou quanto à extensão do delito praticado, hipóteses em que o acordo também será rescindido, retomando-se a persecução penal. Noutro vértice, cumprido integralmente os termos do acordo homologado judicialmente, há que ser reconhecida pelo magistrado a extinção da punibilidade. Neste ponto, oportuno consignar que em virtude das condições não constituírem pena, não haverá menção do acordo nos antecedentes criminais do investigado, exceto para os fins previstos no inciso III, do §2º do artigo 28-A, do Código de Processo Penal[14], isto é, para verificar, no caso de nova prática delitiva, se já foi beneficiado com o acordo de não persecução penal nos últimos cinco anos.

Dessa forma, o acordo de não persecução penal passou a prever no ordenamento jurídico brasileiro uma nova hipótese de extinção de punibilidade, o que, sem dúvida, configura um dos aspectos mais importantes do instituto, interferindo diretamente no direito material do investigado, consoante será demonstrado a seguir, o que, por si só, fundamenta a discussão acerca da possibilidade de sua aplicação nas ações penais em trâmite quando da vigência da alteração legislativa.

4. Direito Intertemporal e ANPP

Tecidas as considerações iniciais sobre a justiça penal negocial e o acordo de não persecução penal, faz-se necessário verificar até qual momento processual o ANPP pode ser aplicado em relação aos processos que já tramitavam antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que ocorreu em 24 de janeiro de 2020, e introduziu o ANPP no Código de Processo Penal. Tal estudo justifica-se pelo fato de que, conforme analisado no item 3, o artigo 28-A prevê que o ANPP poderá ser celebrado, preenchido os requisitos legais, antes do oferecimento da denúncia. Todavia, a discussão que se propõe, consiste na possibilidade da aplicação retroativa do referido instituto, ou seja, para ações penais em andamento quando da vigência da alteração legislativa, ainda que a denúncia tenha sido recebida, ou mesmo em sede recursal. Para tanto, imprescindível, de antemão, pontuar alguns aspectos relacionados ao direito intertemporal.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

14 [...] § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). [...] III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)[...];

Na esfera do Direito Penal, o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, prevê que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Desse modo, quando houver conflito de leis penais no tempo, deve-se aplicar a *lex mitior,* isto é, a lei mais benigna, que de acordo com Eugênio Raúl Zaffaroni, não é só a que descriminaliza ou a que estabelece uma pena menor, pode tratar-se de uma nova causa de justificação, de exclusão de culpabilidade, de uma causa impeditiva de operatividade da pena, etc[15]. Assim, há previsão constitucional expressa de que quando a lei de natureza penal puder beneficiar o réu deverá ser aplicada retroativamente.

Por outro lado, na esfera processual penal, vige o princípio da aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Penal, o qual prevê que a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. De acordo com Renato Brasileiro, o fundamento da aplicação imediata da lei processual é que se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atentar mais aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao acusado, etc[16]. Desse modo, não há que se falar em retroatividade da lei processual penal, pois aplica-se o princípio *tempus regit actum*, e com isso os atos processuais praticados durante a vigência da lei anterior são considerados válidos, e as novas normas processuais aplicar-se-ão imediatamente, passando a regular os demais atos processuais ainda pendentes de realização.

Isto posto, poder-se-ia considerar, em uma primeira leitura, que a Lei nº 13.964/2019, especificamente em relação as disposições acerca do acordo de não persecução penal possuiria natureza processual e, consequentemente, não poderia retroagir, logo, não se aplicaria às ações penais em andamento, e mais, que a mencionada lei não estabelece um limite temporal para a celebração do acordo. Contudo, a partir de um exame mais detalhado do referido instituto verifica-se a presença, também, de características penais, isto é, possui atributos de norma de natureza penal, pois constitui nova hipótese que poderá ensejar no reconhecimento de extinção de punibilidade, que, como é sabido, tem conteúdo de direito material. Segundo Renato Brasileiro, prova disso é o teor do artigo 28-A, §2º, do Código de Processo Penal, pelo qual, a celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim de impedir a celebração de um novo acordo dentro do prazo de 05 anos[17].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

15 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4 ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, Pág. 228.

16 LIMA, Renato Brasileiro. Código de Processo Penal Comentado. 2 ed. Rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 27.

17 LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal. 8 ed. Rev., ampl., e atual.

Assim, pode-se afirmar, portanto, que o acordo de não persecução penal configura norma processual penal mista, isto é, de conteúdo processual e material, e por ser mais benéfica ao acusado, em relação às disposições materiais, deve retroagir. Fixada tal premissa, faz-se necessário verificar até qual momento processual a retroatividade é adequada em relação aos casos que tiveram início antes da entrada em vigência da referida lei.

5. Limite de aplicação do acordo de não persecução penal

Considerando que o acordo de não persecução penal tem, evidentemente, natureza pré-processual, pois como o próprio nome sugere, o objetivo é evitar a persecução criminal, mas que, por outro lado, pode resultar em benefícios para o investigado, já que presente a possibilidade de extinção de punibilidade e da inexistência de antecedentes criminais, surge a necessidade de verificar se poderá ser proposto após o oferecimento da denúncia, durante a tramitação recursal e após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em relação as ações penais em trâmite antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19. Reconhecida a semelhança entre a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, institutos de justiça penal negocial aptos a ensejar o abreviamento do processo e/ou o afastamento de uma responsabilização criminal, é oportuno abordar determinadas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça que demonstram as balizas adotadas para a aplicação dos institutos negociais da Lei nº 9.099/95 em relação as ações penais em andamento quando da entrada em vigor da referida lei, já que o entendimento das Cortes Superiores pode servir como parâmetro interpretativo para resolver aspectos polêmicos do acordo de não persecução penal.

Em relação a possibilidade de oferecimento dos institutos de justiça penal negocial após o recebimento da denúncia é válido destacar, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1719, atribuiu ao artigo 90 da Lei 9.099/95 - que dispõe que as normas da referida lei não podem ser aplicadas aos processos penais em que a fase de instrução já tenha sido iniciado - interpretação conforme a Constituição, e baseada na natureza mista da Lei 9.099/95, reconheceu a possibilidade de retroatividade das disposições de direito material que podem beneficiar o réu. Dessa forma, seguindo este entendimento, o ANPP, por ter natureza mista, com normas de caráter de direito material benéficas ao réu, poderá ser proposto mesmo naquelas ações penais ajuizadas antes da entrada em

Salvador: Juspodivm, 2020, p. 275;

vigor da Lei nº13.964/2019, ainda que ocorrido o recebimento da denúncia.
Também nesta vertente é a explicação extraída da Orientação Conjunta nº 03/2018 das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Revisão Criminal da Procuradoria Geral da República , revisada e ampliada após a Lei nº 13.964/2019, a qual admite o oferecimento de acordos de não persecução penal no curso da ação penal, podendo ser dispensada, nessa hipótese, a instauração de PA, caso a negociação seja realizada nos próprios autos do processo.

Contudo, em sentido diverso é o entendimento do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG), para o qual, nos termos do Enunciado n. 20, somente caberá o ANPP para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 nos casos em que ainda não tenha sido recebida a denúncia"[19]. Nesta perspectiva, as disposições legais acerca do acordo de não persecução penal não poderiam retroagir para as ações penais em curso.

Admitido o acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia, para as ações penais ajuizadas em data anterior a vigência do "Pacote Anticrime", resta delimitar até qual momento processual seria possível a sua aplicação, isto é, até a sentença? até o trânsito em jugado? Ou mesmo após o trânsito em julgado? Neste ponto, pode-se afirmar que o consenso está muito longe de ser alcançado.

Bruno Calabrich, defende que o acordo de não persecução penal somente poderia ser proposto até a sentença. Fundamenta que "a sentença, mesmo que provisória (quando submetida a recurso), constitui um título, condenatório ou absolutório. Esse título só poderá ser desconstituído por uma decisão que declare sua inviabilidade ou o reforme. Não é o caso do ANPP. Assim, proferida a sentença descabe discussão sobre o acordo de não (continuidade) da persecução penal"[20].

Rodrigo Leite Ferreira Cabral, corrobora, sustentando que "uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Procuradoria Geral da República 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão. Orientação Conjunta nº 03/2018, revisada e ampliada a partir da edição da Lei 13.964/2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>. Acesso em: 06 ago. 2020.

19 CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO, Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal – Gnccrim. Enunciados Interpretativos da Lei 13.964/2019. Disponível em: < http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_anticrime_GNCCRIM_CNPG.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

20 CALABRICH, Bruno. Acordos de Não Persecução Penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In Inovações da Lei n. 13964/19, coletânea de artigos, volume 7, Brasília, 2020, p.358.

colaborar com o Ministério Público com sua confissão, que é, como já visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo". E mais, justifica ainda seu posicionamento no julgado *habeas corpus* nº 74463 do Supremo Tribunal Federal[21].

No mesmo sentido, tem-se a recente decisão proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.635.787-SP, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, cujo posicionamento foi pela incompatibilidade com o propósito do acordo de não persecução penal quando recebida a denúncia e já encerrada a instrução ordinária, com a condenação do acusado.

Com todo respeito, é necessário estabelecer os contrapontos. O propósito do instituto sob análise se coaduna, acertadamente, com a sua aplicação retroativa para as ações penais em curso antes da vigência da Lei nº 13.964/2019. Entende-se que a persecução criminal, envolvendo o trabalho de investigação e os futuros atos processuais dela decorrentes, demanda altos custos para a Administração da Justiça, e como sabido os recursos públicos são escassos, sendo necessário buscar uma otimização a fim de que possam ser utilizados de maneira eficiente e empregados na investigação e combate de crimes altamente lesivos. Ademais, a perspectiva de uma justiça restaurativa e consensual pode também ser aplicada ao cenário jurídico-criminal, tendo em vista os benefícios para a vítima, para o Estado e também para o réu, evitando o encarceramento com as suas agruras e permitindo o ressarcimento à vítima. Assim, a não aplicação retroativa do acordo de não persecução penal aos casos já em andamento quando da entrada em vigência da Lei nº 13.964/2019, e em fase recursal ainda em trâmite, impediria a aplicação dos efeitos utilitários e restaurativos do referido instituto, que são mais benéficos para todos os envolvidos. Nota-se que a neces-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 "HABEAS CORPUS – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL ("SURSIS" PROCESSUAL) – LEI N. 9099/95 (ART. 89) – CONDENAÇÃO PENAL JÁ DECRETADA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEX MITIOR – LIMITES DA RETROATIVIDADE – PEDIDO INDEFERIDO – A suspensão condicional do processo – que constituti medida despenalizadora – acha-se consubstanciada em norma de caráter híbrido. A regra inscrita no artigo 89 da Lei 9099/95 qualifica-se em seus aspectos essenciais, como preceitos de caráter processual, revestindo-se, no entanto quanto às suas consequências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção da lex mitior. - A possibilidade de válida aplicação da norma inscrita no art. 89 da Lei n. 9099/5 – que dispõe sobre a suspensão condicional do processo penal ("sursis" processual) – supõe, mesmo tratando-se de fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da vigência desse diploma legislativo, a existência de condenação penal, ainda que recorrível. Condenado o réu, ainda que em momento anterior ao da vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se inviável a incidência do artigo 89 da Lei n. 9099/95, eis que, com o ato de condenação penal, ficou comprometido o fim precípuo para o qual instituto do "suris" processual já foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição da pena privativa de liberdade. Precedente.

sidade de retroatividade do instituto não está pautada, exclusivamente, na disposição constitucional e legal de que a lei penal deve retroagir para beneficiar o réu (Art. 5º, XL, CF/88; art. 2º, parágrafo único, CP) - como já reconhecido pelo Corte Especial, "a lei 9.099/95, naquilo que beneficiar, em sede penal, o réu, deve ser aplicada ainda que o processo esteja em fase[22][23] recursal" (STJ, Resp 1231699, Relator Félix Fischer, 5ª Turma, DJe: 08/09/97), cujos fundamentos também podem ser aplicados ao ANPP -, mas também nos próprios fins do acordo de não persecução penal. É sabido, e não há dúvidas, de que o acordo de não persecução tem como ponto central evitar a propositura de futuras ações penais em relação aos casos em que firmar o negócio jurídico processual possa ter resultados mais positivos. Contudo, obstar o seu oferecimento nos casos em que os requisitos estão preenchidos, mas cuja denúncia já foi recebida e a instrução encerrada, significará a manutenção de gastos e a necessidade de injeção dos recursos públicos escassos para situações que poderiam ser resolvidos de uma forma menos custosa ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à vítima e ao próprio réu.

Nesta temática, é válido acrescentar que no julgamento do Agravo Regimento nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.858.428-SP, julgado no dia 30 de junho de 2020, de Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que *"apesar da superveniência de norma em tese mais benéfica ao agente (art. 28-A do CPP), a eventual aplicação do acordo de não persecução penal pressupõe o reconhecimento da atenuante da confissão, o que não ocorreu nos autos".* Tal entendimento se compatibiliza com o posicionamento defendido neste trabalho de que é pos-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

22 PENAL. RECURSO ESPECIAL. LEI 9099/95. ARTIGO 90. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE. 1. A retroação da lei penal mais benéfica é impositiva, conforme determina o Art. 5º, XL, da Constituição Federal. O Art. 90, da Lei 9099/95 não tem incidência, portanto, sobre as normas penais inscritas na referida lei. 2. Transação penal não implica em reconhecimento de culpa. A extinção da punibilidade, como preconizado no Art. 89 e seus parágrafos, não deixa mácula de antecedentes. 3. Recurso conhecido e improvido. (RESP - RECURSO ESPECIAL - 112995 1996.00.71011-2, EDSON VIDIGAL, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:17/12/1999 PG:00391 ..DTPB:.)

23 PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 10, § 1º, III, DA LEI Nº 9.437/97. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95 DERROGADO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI Nº 10.259/2001. TRANSAÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA. I - A Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Assim, considerando que o delito pelo qual foi o paciente denunciado é apenado com detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos, e multa, está ele inserido no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, razão pela qual deve ser analisada pelo Ministério Público a possibilidade de oferecimento ao acusado de proposta de transação penal. (Precedentes). II - Conforme entendimento desta Corte, é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal. (Precedentes). Recurso provido. (RESP - RECURSO ESPECIAL - 636701 2004.00.34885-7, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:13/12/2004 PG:00430)

sível, se preenchidos os requisitos, a aplicação do ANPP ainda que em fase recursal. Noutro vértice, embora se entenda pela viabilidade de aplicação do ANPP em sede recursal, esta decisão não pode ser de ofício, pois em se tratando de instituto de natureza consensual, é necessário atribuir maior protagonismos aos sujeitos processuais. Assim, deverá haver manifestação do Ministério Público em relação à possibilidade de oferecimento do acordo ou requerimento da defesa para que tal análise ocorra, até porque a decisão de ofício pelo Relator fere os princípios basilares das soluções negociais, onde cabe as partes envolvidas (Ministério Público, denunciado/defesa) essa decisão – sendo reservado ao Poder Judiciário apenas a análise formal do acordo, mas não o induzimento quanto à celebração deste – e ainda, pode até mesmo prejudicar a estratégia defensiva, que poderá entender, por diversas razões, pelo julgamento do recurso e não pela realização do acordo, ocasião em que a decisão do Tribunal de Justiça causaria tumulto e prejudicaria a celeridade processual. Há quem sustente ainda, a possibilidade de oferecimento do ANPP mesmo naqueles casos em que o trânsito em julgado da decisão condenatória se faz presente. Dentre eles, Paulo Queiroz, ao afirmar que não há óbice na aplicação do acordo de não persecução aos processos com sentença transitado em julgado, ouvindo-se o MP e suspendendo-se a execução penal quando da celebração do acordo[24], fundamenta para tanto, no artigo 2º, do Código Penal, que disciplina que, “lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli, advogam no mesmo sentido, sendo que, satisfeitos os requisitos legais, a execução ficaria suspensa e a respectiva pena seria substituída pelas condições do acordo[25].

Contudo, em relação aos casos com trânsito em julgado da sentença penal condenatória, admitir o oferecimento do ANPP é caminhar na contramão da própria finalidade utilitarista da justiça penal negocial, pois houve a movimentação de toda máquina Judiciária, períodos de investigação, produção probatória, toda a tramitação para se chegar ao trânsito em julgado, com isso os altos custos para tanto seriam descartados, traduzindo um cenário de desperdícios de recursos materiais e humanos[26]; poderia gerar um

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

24 QUEIROZ, Paulo. A aplicação da nova lei no tempo. In Inovações da Lei n. 13964/19, coletânea de artigos, volume 7, Brasília, 2020, p.25.

25 BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In Acordo de não persecução penal. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 125.

26 Aqui uma observação, não se nega que ao permitir o ANPP em sede recursal também houve desperdício de recurso material e humano. Todavia, estes são alargados a cada fase processual. Ademais, os fatores sopesados quando da análise daquele mo-

sentimento de impunidade para a vítima ao se deparar com uma espécie de "reversão" do resultado obtido ao final dos andamentos processuais, e, de certa forma, tornaria "inócuo" o trabalho desenvolvido pelos órgãos persecutórios e judiciários.

Ademais, os propósitos do acordo de não persecução penal não se harmonizam com a sua propositura após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, assim como em relação aos institutos negociais da Lei nº 9.099/95, pois conforme julgamento do *habeas corpus* nº 59.267-RS, de Relatoria do Ministro Félix Fischer, julgado no dia 03 de abril de 2007, e em outros julgados[27], "não obstante o entendimento de que a Lei 10.259/01, tal como a Lei 9.099/95, tem aplicação retroativa, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência em virtude do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no artigo 5º, XL da atual Carta Magna, certo é que a mesma não pode ser aplicada em processos já findos, cuja sentença condenatória tenha transitado em julgado". Isso porque de acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes[28], "[...] há um limite natural para essa retroatividade: os casos já julgados definitivamente (é dizer, com trânsito em julgado) não serão, obviamente, ressuscitados. Estamos diante de institutos processuais ou pré-processuais que exigem, claramente, processo penal de conhecimento em curso ou na iminência de ser iniciado. Se já findo, nada mais pode ser feito." Nesse sentido, cumpre destacar a decisão da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal[29], que através do comunicado nº 27 de 2020,

---

mento processual prevalecem aos custos dispendidos, o que não ocorre após o trânsito em julgado.

27 "RECURSO ORDINÁRIO. CRIME MILITAR. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. WRIT NÃO CONHECIDO. IMPROVIMENTO. 1. "..." 3. Não há falar em suspensão condicional do processo após o trânsito em julgado do decisum condenatório. 4. Recurso improvido." (RHC 8.711/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 01/10/2001). (Grifamos).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. LEI Nº 9.099/95, ART. 89. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE OS PROCESSOS COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. - O art. 89, da Lei nº 9.099, de 1995, que criou o moderno instituto da suspensão condicional do processo, norma benigna, deve ter aplicação retroativa sobre os processos em curso que tem por objeto fatos anteriores à edição do mencionado diploma legal, não incidindo, todavia, sobre os processos com sentença condenatória com trânsito em julgado. - Recurso especial conhecido." (REsp 195.727/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 23/08/1999). (Grifamos).

28 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES, Antonio Magalhães Filho; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. in Juizados Especiais Criminais, 4 a edição, Ed. Revista dos Tribunais, pg. 48/49.

29 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2ª Câmara Criminal. Enunciado nº 98. Aprovado na 182ª Sessão Virtual de Coordenação, alterado na 184ª Sessão Virtual de Coor-

aprovou o Enunciado nº 98 que dispõe que é cabível o oferecimento do acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo integrante do MPF assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do artigo 28-A, da Lei 13.964/2019, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019 (grifo nosso).

Deste modo, conclui-se pela possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal aos casos já em andamento quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, excluindo-se, consequentemente, aqueles cujo trânsito em julgado da decisão condenatória já se perfectibilizou, pois, este momento processual não se coaduna com as finalidades do acordo ora sob análise.

6. Conclusão

O consenso e a perspectiva de uma justiça restaurativa têm baseado a mudança de paradigma de diversos ramos do Direito, introduzindo, através da negociação, uma concepção de celeridade e eficiência, e tal visão também tem produzido reflexos no âmbito criminal. No Brasil identifica-se importantes institutos da justiça penal negocial, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada.

A Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, acompanhando essas diretrizes, ampliou a possibilidade de composição no ordenamento penal brasileiro ao prever o acordo de não persecução penal.

Considerando que a referida Lei não dispõe acerca da possibilidade de aplicação do ANPP aos casos já em trâmite antes da sua entrada em vigor, caberá a doutrina e jurisprudência a determinação dos parâmetros temporais com a indicação dos momentos processuais em que o acordo poderá ser celebrado em relação as ações penais que já estavam em andamento.

Nesse sentido, a partir dos pontos analisados neste trabalho, entende-se pela possibilidade do oferecimento do ANPP após o recebimento da denúncia e, ainda, durante a fase recursal, considerando os benefícios da justiça restaurativa e a eficiência da propositura que devem ser observados também em relação aos casos que já tramitavam antes da vigência da Lei nº 13.964/2019. Por outro lado, há que se destacar que diferente dos momentos processuais ora indicados, a propositura do acordo de não persecução penal após o trânsito em julgado estaria na contramão dos pilares estruturais do referido instituto.

---

denação. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 06 ago. 2020.

7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual, controvérsias e desafios. Salvador, JusPodivm, 2019.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 31527/SP. Impetrante: Miguel Pereira Neto e Outros. Impetrado: Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília(DF), 01 de março de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal originária nº 634/RJ. Autor: R H F. Réu: A C F DE M. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília(DF), 21 de março de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário Constitucional nº 102.381/BA. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018.

BRASIL. CNPG – CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DE JUSTIÇA.http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_anticrime_GNCCRIM_CNPG.pdf

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal À luz da Lei 13964/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CLABRICH, Bruno. Acordos de Não Persecução Penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In Inovações da Lei n. 13964/19, coletânea de artigos, volume 7, Brasília, 2020.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf.> Acesso em: 17 de jun. de 2020;

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO, Grupo Nacional De Coordenadores De Centro De Apoio Criminal – Gnccrim. Enunciados Interpretativos da

Lei 13.964/2019. Disponível em: < http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_anticrime_GNCCRIM_CNPG.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada. 5. Ed. rev. Atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.
LIMA, Renato Brasileiro. Código de Processo Penal Comentado. 2 ed. Rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal. 8 ed. Rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Procuradoria Geral da República 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão. Orientação Conjunta nº 03/2018, revisada e ampliada a partir da edição da Lei 13.964/2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>. Acesso em: 06 ago. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2ª Câmara Criminal. Enunciado nº 98. Aprovado na 182ª Sessão Virtual de Coordenação, alterado na 184ª Sessão Virtual de Coordenação. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 06 ago. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 10. Ed. rev. Atual. E empl. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. Transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo. A aplicação da nova lei no tempo. In Inovações da Lei n. 13964/19, coletânea de artigos, volume 7, Brasília, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. Revista do Instituto de Ciências Criminais, vol. 5, dez-maio 2020.

SOUZA, Renee Ó de, CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de--nao-persecucao.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4 ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PAPEL DO JUIZ - E DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Gabriel Marson Junqueira[1]
Rafael de Oliveira Costa[2]

SUMÁRIO

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de analisar qual é o papel do juiz quando do juízo de homologação do acordo de não persecução penal. Tem ainda o propósito (indireto?) de indicar algumas diretrizes para a atuação do membro do Ministério Público. Tentaremos apresentar respostas a três perguntas: pode o juiz inserir condição no acordo firmado pelas partes? Até que ponto o juiz pode sindicar a insuficiência ou abusividade do acordo? Em que medida o juiz pode verificar se realmente estavam presentes todos os requisitos exigidos pela lei para a celebração de acordo de não persecução penal? Ao final, concluímos que o juiz não pode inserir condição não pactuada pelas partes e que o juiz deve ser bastante discreto, quando da análise da insuficiência ou abusividade do acordo. Contudo, possui uma posição bastante forte, quando se cuida de analisar a efetiva presença dos requisitos autorizadores do acordo de não persecução.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Professor de Direito Processual Penal no Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela PUC-Campinas. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.

2 Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) / Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não persecução penal; papel do juiz; diretrizes para a atuação do Ministério Público; consenso no processo penal; diretrizes para a proposta de acordo.

1. Introdução

A Lei nº 13.964/19, também conhecida como Lei Anticrime, introduziu no CPP o art. 28-A. Conferiu, assim, tratamento legal ao instituto do acordo de não persecução penal, antes previsto na Resolução nº 181/17, do CNMP, de constitucionalidade duvidosa.

Neste breve texto, procuraremos analisar, sem qualquer pretensão de exaustão, qual é o papel do juiz – e, por via de consequência, quais os limites à atuação do membro do Ministério Público –, quando do juízo de homologação do acordo de não persecução penal.

Talvez seja conveniente esclarecer, de pronto, que não pretendemos abordar a polêmica relativa à natureza do acordo – se constitui direito subjetivo do investigado ou prerrogativa do Ministério Público –, que já tem batido às portas dos tribunais[3]. O problema que nos interessa está situado num momento posterior. Ele se apresenta após a elaboração de proposta de acordo pelo Ministério Público e sua aceitação pelo investigado. Pretendemos, acima de tudo, sugerir critérios para que, apresentado o acordo ao juiz, ele delibere pela homologação ou pela recusa de homologação. Pareceu-nos, contudo, que nossa exposição ganharia em clareza se dividíssemos nossa tarefa em três questões:

1) Pode o juiz inserir condição no acordo firmado entre Ministério Público e investigado, tal como aparentemente autoriza o art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, mas em matéria de suspensão condicional do processo?

2) Até que ponto o juiz pode sindicar a insuficiência ou abusividade do acordo, com arrimo no art. 28-A, § 5º, do CPP?

3) Em que medida o juiz pode verificar se, de fato, estavam presentes todos os pressupostos e requisitos exigidos pela lei para a celebração de acordo de não persecução penal (infração penal praticada sem violência ou grave ameaça, pena mínima inferior a quatro anos etc.)?

Cremos que, respondidas tais questões, ficarão mais claros os critérios e os fundamentos do controle judicial do acordo firmado entre Ministério Público, de um lado, e investigado e seu defensor, de outro. Como se tentásse-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 Ver, por exemplo, TJSP, 3ª CC, rel. Des. Rangel, HC nº 2064200-84.2020.8.26.0000, j. em 05.05.2020. Nesse julgado, o tribunal paulista entendeu que o Poder Judiciário não pode obrigar o Ministério Público a oferecer o acordo de não persecução penal, por não se tratar de direito público subjetivo do investigado.

mos tocar dois instrumentos ao mesmo tempo, procuraremos esboçar diretrizes para a atuação do membro do Ministério Público, quando da celebração do acordo com o investigado, assistido por seu defensor.

Passemos à concretização do nosso plano de estudos.

2. Limites legais à celebração do acordo de não persecução penal

O "Pacote Anticrime" estabeleceu, no "caput" do art. 28-A, pressupostos para a celebração do acordo de não persecução penal. Além disso, há ainda limites de três ordens distintas à celebração do acordo: circunstanciais, materiais e formais[4]. No que tange aos limites circunstanciais e materiais, depreende-se que não se admitirá a proposta nos seguintes casos:

I – for cabível a transação penal de competência dos Juizados, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (ex. feminicídio), em favor do agressor.

Atente-se para o fato de que a Lei n° 13.964/19 não afastou a possibilidade de incidência do acordo de não persecução penal nas hipóteses em que o delito for hediondo ou equiparado, de modo que, a partir da entrada em vigor do novo diploma, inexistira, a princípio, óbice legal à celebração de acordo nesse sentido. Contudo, entendemos que o acordo de não persecução penal é incompatível com os crimes hediondos ou equiparados, uma vez que sua elaboração não atende ao requisito previsto no "caput" do art. 28-A, do CPP, que o restringe a situações em que se mostre necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime[5].

De outro modo, no que tange aos requisitos formais do acordo de não persecução penal, vale ressaltar que será formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. É

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 Por fugir ao escopo do presente trabalho, deixamos de explicar, detidamente, as razões subjacentes à distinção entre pressupostos do acordo de não persecução penal e limites – materiais, circunstanciais e formais.

5 Nesse sentido, o Enunciado 22-PGJ-CGMP do MP/SP.

recomendável que o acordo seja formalizado nos autos com a qualificação completa do investigado e estipule de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento. Por fim, o Ministério Público somente deverá celebrar acordo de não persecução penal se o investigado estiver acompanhado de defensor[6].

Feita essa breve referência teórica aos pressupostos e limites previstos legalmente para a celebração do acordo, passemos a abordar o primeiro dos questionamentos propostos.

3. Do papel do Poder Judiciário e dos limites à atuação do Ministério Público no acordo de não persecução penal

Em uma leitura apressada, depreende-se do Código de Processo Penal ser necessária a homologação judicial do acordo de não persecução penal, devendo o juiz verificar, de forma geral, dois aspectos: 1) a voluntariedade na celebração da avença; e 2) a legalidade do pactuado. No entanto, como veremos a seguir, isso, em verdade, não significa dizer muito.

Parece-nos evidente que espaços dentro do processo penal cedidos ao consenso são espaços em que logicamente se concede um protagonismo às partes na conformação da resposta penal ao crime[7]. Como a lógica no processo penal brasileiro sempre foi outra, isto é, como viemos de um sistema em que a resposta ao crime era conformada exclusivamente pelo juiz – ver, *v.g.*, o art. 385, do CPP -, a ampliação dos espaços de consenso, em nossa avaliação, impõe mudança de mentalidade de todos os atores envolvidos.

Ademais, tanto nos institutos da Lei nº 9.099/95, quanto no instituto do acordo de não persecução penal, inicialmente, mesmo com a homologação dos acordos, não se tem ainda uma "subtração" do conflito da plena apreciação judicial. Descumprido o acordo, o juiz fatalmente será chamado a julgar o caso. De conseguinte, ele não deve se envolver nas negociações – e, claro, com o resultado delas – também para não comprometer sua imparcialidade.[8]

Sobretudo por esses dois motivos, cremos que o papel do juiz deve

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 Enunciado 25-PGJ-CGMP do MP/SP. A presença do defensor é fundamental sobretudo para garantir que houve consentimento informado do investigado. Ou seja, já quando da celebração do acordo, presente o investigado, ele deve ser informado sobre o fato abrangido pelo acordo, suas repercussões penais e extrapenais e sobre direitos de que declina. Nesse sentido, RICARDO DONIZETE GUINALZ, Consenso no processo penal brasileiro, São Paulo, Liber Ars, 2019, p. 151.

7 Cf. CLÁUDIA CRUZ SANTOS, O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades, Coimbra, Editora Almedina, 2020, p. 186.

8 Nesse sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"?, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 83.

ser bastante discreto na construção da resposta penal ao crime, quando se tratar de justiça penal consensual. Ou seja, na definição do conteúdo do acordo, seu papel deve ser secundário.

Logo, acertou o legislador ao estabelecer, no inciso V do art. 28-A do CPP, que uma condição diversa das constantes dos incisos precedentes pode fazer parte do acordo, mas por iniciativa do Ministério Público (e não do juiz). No âmbito do acordo de colaboração premiada, outro espaço do processo penal cedido ao consenso, também acertou o legislador ao proibir o juiz de participar das respectivas negociações (art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/13).

É bem verdade que o art. 4º, § 8º, da Lei nº 12.850/13, autorizava o juiz a fazer adequações no acordo de colaboração premiada, quando do juízo de homologação. No entanto, corretamente, a Lei Anticrime deu nova redação ao dispositivo, que agora dispõe o seguinte: *"O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias".*

Desse modo, somos da opinião de que o art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, não pode ser invocado no âmbito do acordo de não persecução penal para autorizar o juiz a inserir nele condição não pactuada pelas partes (ou alterar condição pactuada). Em vez disso, como o instituto da suspensão condicional do processo também faz parte da justiça penal consensual, ante os teores dos mais recentes arts. 28-A, inciso V e § 5º, do CPP, e 4º, §§ 6º e 8º, da Lei nº 12.850/13, integrantes do mesmo microssistema, o art. 89, § 2º, deve passar por uma releitura. De fato, com base nele, o juiz pode especificar outras condições (diferentes das do § 1º) a que fica subordinada a suspensão condicional do processo. No entanto, desde que elas tenham constado da proposta do Ministério Público e tenham sido aceitas pelo acusado.

Como consectário lógico do papel secundário do juiz na construção do conteúdo do acordo, cremos que práticas restaurativas, se o caso, devem ter lugar por iniciativa ou do Ministério Público ou do investigado e seu defensor, mas jamais do juiz[9]. O juiz apenas terá contato com o acordo quando seus termos já estiverem definidos, precisamente na audiência designada com o objetivo de verificar sua voluntariedade e consonância com a lei (art. 28-A, § 5º).

Por outro lado, dizer que o juiz, na construção da resposta penal, deve ter um papel discreto é diferente de dizer que o juiz não terá papel algum. Em situações extremas, de absoluta insuficiência da resposta penal pactuada, ou

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 Discordamos, portanto, de GUILHERME AUGUSTO SOUZA GODOY, AMANDA CASTRO MACHADO e FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO, A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal, Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 28, n. 330, mai-2020, p. 4-7. Os autores afirmam que também o juiz poderia ter essa iniciativa.

de rigorismo excessivo, o juiz pode se recusar a homologar o acordo, com base no art. 28-A, §§ 5º e 7º, do CPP. No primeiro caso, de absoluta insuficiência, o juiz atua como fiscal da indisponibilidade do direito de punir estatal[10], resguardando a vedação à proteção penal insuficiente. No segundo, de severidade excessiva, como autoridade responsável por zelar pelos direitos fundamentais do investigado[11].

Com efeito, em termos práticos, com o acordo de não persecução penal, a depender das injunções pactuadas, pode o Ministério Público estar em vias de dispor do direito de punir do Estado. Suponha-se um caso de receptação qualificada de cabos de telefone, avaliados em R$ 40.000,00. Um acordo feito pelo Promotor de Justiça que estabeleça apenas o pagamento de prestação pecuniária, no valor de meio salário mínimo, a nosso ver, implicaria dispor de algo indisponível. Logo, nesse caso, o juiz estaria legitimado a recusar homologação, em virtude da proteção penal insuficiente: o Ministério Público demonstrou omissão na efetiva aplicação das sanções penais, declinando do seu dever de proteger os bens jurídicos mais relevantes para sociedade, que o Direito Penal tutela. O Poder Judiciário deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais que pretende tutelar. Porém, uma vez que verificada, com base no princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), a ausência de tutela do bem jurídico, deve o magistrado exercer o controle sobre a atividade punitiva.[12]

Na mesma linha, em sendo o acordo muito duro para o investigado, deve o juiz proceder da mesma forma. A propósito, ressalvados os casos em que forem adotadas práticas restaurativas responsáveis, cremos que a proposta de acordo do Ministério Público deve considerar o vetor estabelecido pelo inciso III do art. 28-A, do CPP – ainda que não envolva prestação de serviços à comunidade. Dito de modo quiçá mais claro, o membro do Ministério Público, ao elaborar sua proposta, deve ter em vista o teor da provável sentença condenatória. Sua proposta, em seguida, deve refletir o conteúdo desse provável comando condenatório, com uma redução de um terço a dois terços[13] – exceto

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 Sobre esse ponto, lembrando argumento contrário à admissibilidade do consenso no processo penal, ver TERESA ARMENTA DEU, Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América, ¿un camino de ida y vuelta?, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 135.

11 Na ótica de CLÁUDIA CRUZ SANTOS, ob. cit., p. 184-186, essa é a principal razão do controle judicial de acordos no processo penal.

12 Nesse sentido: STF - HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 27/03/2012.

13 Esse parâmetro condiz com as práticas relativas ao plea bargain adotadas na

quanto à reparação dos danos causados pelo crime e à ablação das vantagens, que devem ser integrais[14].

Como se vê, não acreditamos que o ordenamento pátrio conferiu ao promotor de Justiça a mesma discricionariedade dada ao promotor norte-americano, quando da negociação de acordos no âmbito penal[15]. A título de exemplo, no Brasil, a imputação jamais estará sobre a mesa de negociação (*charge bargaining*). Aqui, em vez disso, parece-nos que o legislador criou algo assemelhado àquilo que a doutrina estadunidense chama de *structured bagain*[16].

Aliás, numa análise mais consequencialista, sem prejuízo das considerações feitas acima, caso a proposta do Ministério Público se afaste muito do padrão aqui defendido, ou ela não será vantajosa para o investigado que cogitava confessar (se for excessivamente dura), ou ela poderá tornar-se punição oblíqua, por "teimosia processual"[17], ao investigado que recusar a proposta para provar sua inocência (se for excessivamente branda).

Em nossa avaliação, quando claramente faltar justa causa, ou o fato por atípico, qualquer acordo que se faça, independentemente dos seus termos, será duro demais para o investigado. Novamente, o juiz deve intervir em situações extremas, pois um aprofundamento da valoração fática teria o condão de comprometer sua imparcialidade[18]. Naqueles limites, no entanto, sua atuação nos parece legitimada pela necessidade de tutela dos direitos fundamentais do investigado. Convém ter em mente que a literatura jurídica norte-americana, não raro, critica a prática do *plea bargain*, nos Estados Unidos, também pelo

---

Inglaterra, aliás. A propósito, JOHN R. SPENCER, O sistema inglês, in Processos penais da Europa, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 274-275, afirma: "a assunção de culpa poupa um grande tempo à Corte e esta, por sua vez, encoraja os réus a se declararem culpados, oferecendo-lhes em contrapartida uma "sentença mitigada" em cerca de 30% daquilo que seria normal da pena".

14 Sobre a importância de fazer valer o brocardo segundo o qual o "crime não compensa", ver GABRIEL MARSON JUNQUEIRA, A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco non-conviction based em Portugal, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 765-798, mai./ago. 2020.

15 Sobre as razões subjacentes à ampla discricionariedade conferida ao promotor estadunidense, ver KATE STITH, The Arc of the Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion, The Yale Law Journal, nº 117, 2008, p. 1422 e ss.

16 Sobre o structured bargain, numa perspectiva histórica, ver JAY WISHINGRAD, The Plea Bargain in Historical Perspective, Buffalo Law Review, vol. 23, n. 2, 1-1-1974, p. 504-505.

17 Cf. BERND SCHÜNEMANN, Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 237.

18 Entendendo que o juiz não deve fazer qualquer valoração fática, por esse motivo, em Espanha, tem-se TERESA ARMENTA DEU, ob. cit., p. 190.

fato de muitos acordos serem feitos quando não há base mínima para levar o caso a julgamento[19].

Poder-se-ia dizer que a recusa de homologação pelo juiz, nesses casos de falta de justa causa e de atipicidade, equivaleria a um arquivamento da investigação de ofício. Logo, o controle judicial sobre esses aspectos seria ilegítimo. Não podemos concordar. Parece-nos que a recusa de homologação, em tais hipóteses, mais se assemelha à rejeição da denúncia (art. 395 do CPP). O recurso, inclusive, é o mesmo, conforme art. 581, I e XXV, do CPP. Ademais, o § 8º do art. 28-A do CPP, implicitamente, admitiu algum controle judicial sobre a justa causa para o acordo de não persecução penal. Com efeito, preceitua ele que, recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público, inclusive *"para a análise da necessidade de complementação das investigações"*.

Diversamente, no caso de recusa de acordo por parte do Ministério Público, o investigado poderá requerer até mesmo a remessa dos autos ao procurador-geral de Justiça.[20] A medida deve ser inclusive compatibilizada com a execução do acordo. Isso porque, homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

Por fim, diferentemente do que sustentamos até aqui, cremos que a posição do juiz já é bastante forte no que toca à verificação da efetiva presença dos pressupostos e requisitos autorizadores do acordo de não persecução penal. A nosso ver, a palavra final quanto à feitura da proposta de acordo é do Ministério Público, conforme art. 28-A, § 14, do CPP. A jurisprudência, aliás, já havia se sedimentado nesse sentido (Súmula 696, do STF). Mas não temos a intenção de analisar detidamente esse ponto, como esclarecido no início. O que estamos a dizer, agora, é que, concluídas as negociações entre as partes, será o acordo apresentado ao juiz, ocasião em que ele poderá examinar, com profundidade, sua legalidade (art. 28-A, §§ 4º e 7º, do CPP).

O que legitimaria um tal exame pelo juiz? Cremos que a regra, no nosso sistema processual penal, permanece sendo a obrigatoriedade (ou legalidade) da ação penal (arts. 24 e 42 do CPP). É importante lembrar que a obrigatoriedade da ação penal constitui importante conquista histórica advinda da Revolução Francesa. No Antigo Regime, não se falava em obrigatoriedade, ou legalidade. Em razão disso, as arbitrariedades, as perseguições e favorecimentos não foram raros. A partir da Revolução Francesa, surge a convicção de que a lei expressa a vontade geral e que a submissão a ela de todas as instituições

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

19 Ver, a propósito, OREN BAR-GILL e OMRI BEN-SHALAR, The prisoners (plea bargain) dilemma, Journal of Legal Analysis, Summer, 2009, Volume 1, Number 2, p. 738.

20 Enunciado 17-PGJ-CGMP do MP/SP.

estatais era necessário mecanismo para evitar novas arbitrariedades[21]. Entender a origem histórica do princípio da obrigatoriedade parece-nos importante para entender que ele está intimamente ligado ao princípio da isonomia[22], cuja estatura constitucional é inegável. Não se trata, portanto, de mero fetiche, ou apego exagerado a ideias ultrapassadas.

De fato, a criação de espaços de consenso no processo penal implica produção de limitações[23] à regra da obrigatoriedade – ou da indisponibilidade, no caso da suspensão condicional do processo. Todavia, caso falhe qualquer dos pressupostos ou requisitos exigidos pela lei para a adoção da solução consensual, voltam a prevalecer naturalmente os postulados da obrigatoriedade e da indisponibilidade. E o juiz continua sendo fiscal do respeito a esses princípios, por força do impulso oficial e dos arts. 28 e 385 do CPP. Daí, a nosso ver, sua legitimidade para sindicar, com profundidade, a efetiva presença dos pressupostos e requisitos legais autorizadores do acordo de não persecução penal, por exemplo.

Isso significa que o juiz pode analisar: se o investigado confessou formal e circunstanciadamente; se a infração penal foi ou não praticada com violência ou grave ameaça; se a classificação legal dada ao fato pelo Ministério Público está correta e, portanto, se realmente o crime possui pena mínima inferior a quatro anos etc. Discordando da apreciação feita inicialmente pelo Ministério Público, que concluíra pela presença dos requisitos autorizadores do acordo, o juiz pode recusar sua homologação, com base no art. 28-A, §§ 4º e 7º, do CPP. Nesse caso, caberá ao promotor de Justiça denunciar (art. 28-A, § 8º, *in fine*, do CPP) ou interpor recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, do CPP).

Entendimento em sentido contrário gera o risco de interferência externa nas condições acordadas pelas partes, reduzindo de forma significativa o interesse no acordo e violando o sistema acusatório. A acordo de não persecução penal deve ser instrumento voltado exclusivamente ao consenso, impondo ao Poder Judiciário atuação focada na verificação da regularidade - atendimento aos requisitos formais do diploma legal -, jurisdicionalidade – observância do ordenamento jurídico de forma geral, afastando cláusulas nitidamente

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 Cf. TERESA ARMENTA DEU, ob. cit., p. 132.

22 Nesse sentido, v.g., TERESA ARMENTA DEU, ob. cit., p. 140, e CLÁUDIA CRUZ SANTOS, ob. cit., p. 179 e ss.,

23 Se a criação de espaços de consenso implica ou não adoção excepcional do princípio da oportunidade, ou "oportunidade regrada", essa é questão que foge ao escopo do presente trabalho. Para uma análise detida desse ponto, ver PEDRO CAEIRO, Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema, Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000.

ilegais – e voluntariedade do acordo – propósito livre do agente em aderir ao instituto, tendo em vista ser o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública (art. 129, inciso I, da CR/88). Dito de outro modo, o controle do acordo de não persecução penal se reveste de características similares às do ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir no juízo de conveniência e oportunidade, restringindo-se a tutela jurisdicional à conformidade com o ordenamento jurídico de forma geral.

Por fim, importa assinalar que nossa posição em muito se aproxima do assentado pelo STF na Petição nº 7074/DF[24], que versa sobre a colaboração premiada. O Supremo entendeu que o Poder Judiciário deve se limitar a aferir os requisitos legais de existência e validade. Com efeito, as tratativas e a celebração da avença são mantidas exclusivamente entre Ministério Público e o pretenso colaborador, permanecendo completamente distante o Poder Judiciário, que é chamado, ao final dos atos negociais, apenas e tão somente para aferir a regularidade, jurisdicionalidade e voluntariedade do avençado.

4. Conclusão

O presente estudo, assim, procura analisar, sem qualquer pretensão de exaustão, qual é o papel do juiz – e, por via de consequência, quais os limites à atuação do membro do Ministério Público –, quando do juízo de homologação do acordo de não persecução penal.

Para fins didáticos, nossa exposição foi divida em três questionamentos:

1) Pode o juiz inserir condição no acordo firmado entre Ministério Público e investigado, tal como aparentemente autoriza o art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, mas em matéria de suspensão condicional do processo?

2) Até que ponto o juiz pode sindicar a insuficiência ou abusividade do acordo, com arrimo no art. 28-A, § 5º, do CPP?

3) Em que medida o juiz pode verificar se, de fato, estavam presentes todos os requisitos e pressupostos exigidos pela lei para a celebração de acordo de não persecução penal (infração penal praticada sem violência ou grave ameaça, pena mínima inferior a quatro anos etc.)?

Após minuciosa análise, num esforço de síntese, é possível dizer que o papel do juiz deve ser bastante discreto no que concerne à definição do *conteúdo* do acordo de não persecução penal. Consequentemente, ele não pode incluir condição não pactuada pelas partes, assim como não pode modificar uma já estabelecida. Na mesma linha, o juiz deve se autolimitar quando da

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

24 STF. Plenário. Pet 7074/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 21, 22, 28 e 29/6/2017.

apreciação da insuficiência ou abusividade do acordo. Apenas deve recusar homologação se o promotor de Justiça estiver em vias de praticamente renunciar ao direito de punir do Estado, ou se o acordo for excessivamente severo para o investigado. Por fim, no que toca ao *cabimento* ou *legalidade* do acordo de não persecução penal, isto é, quando da verificação dos pressupostos e requisitos autorizadores da benesse legal, após o Ministério Público ter concluído pela presença de todos eles, o juiz deixa de ser coadjuvante, podendo fazer análise aprofundada.

5. Referências

BAR-GILL, OREN; BEN-SHALAR, OMRI. The prisoners (plea bargain) dilemma, Journal of Legal Analysis, Summer, 2009, Volume 1, Number 2, p. 738.

CAEIRO, PEDRO. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000.

DEU, TERESA ARMENTA. Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América, ¿un camino de ida y vuelta?, Marcial Pons: Madrid, 2012, p. 135.

FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE. Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

GODOY, GUILHERME AUGUSTO SOUZA; MACHADO, AMANDA CASTRO; DELMANTO, FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal, Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 28, n. 330, mai-2020, p. 4-7.

GUINALZ, RICARDO DONIZETE, Consenso no processo penal brasileiro, São Paulo, Liber Ars, 2019.

JUNQUEIRA, GABRIEL MARSON. A recuperação de ativos, o regime do reconhecimento mútuo e os pedidos de cooperação judiciária relacionados a confisco non-conviction based em Portugal, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 765-798, mai./ago. 2020.

SANTOS, CLÁUDIA CRUZ. O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

SCHÜNEMANN, BERND. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Marcial Pons: São Paulo, 2013, p. 237.

SPENCER, JOHN R., O sistema inglês, in Processos penais da Europa, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

STITH, KATE. The Arc of the Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion, The Yale Law Journal, nº 117, 2008.

WISHINGRAD, JAY. The Plea Bargain in Historical Perspective, Buffalo Law Review, vol. 23, n. 2, 1-1-1974, p. 504-505.

Escrito em 06 de agosto de 2020.

O CONTROLE DA RECUSA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO ESPAÇO DECISÓRIO EXCLUSIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Lucas César Costa Ferreira[1]

SUMÁRIO

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar o momento, a oportunidade e a retroatividade do acordo de não persecução penal, que emergem como questões centrais nos debates iniciais afetos ao novo instituto. Para tanto, como compreensão pressuposta, avaliam-se, a partir da nova dinâmica legalmente estabelecida, a concentração e a exclusividade da sindicabilidade da recusa do acordo de não persecução penal no âmbito do Ministério Público (artigo 28-A, §14, do Código de Processo Penal).

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não persecução penal; recusa; controle; Ministério Público; exclusividade.

1. Introdução

As novidades na disciplina do acordo de não persecução penal (ANPP) introduzidas pela Lei nº 13.964/19 - não obstante a Resolução nº 181/2017 (alterada pela Resolução nº 183/2018), do Conselho Nacional do Ministério Público – trouxeram inúmeras dificuldades para o Ministério Público, sobretudo de cunho institucional e operacional.

Nesse contexto, a oportunidade, a retroatividade e a preclusão do acor-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestre em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal de Goiás. Pós-graduado no curso “Ordem Jurídica e Ministério Público” pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário em Brasília. Promotor de Justiça em Goiás.

do de não persecução penal parecem ter emergido como questões centrais e prevalecentes nos debates iniciais sobre o instituto[2]. Decerto, poderia o ANPP alcançar os fatos consumados anteriormente à Lei nº 13.964/2019? Poderia o ANPP ser celebrado apenas até a denúncia, até a sentença, até o trânsito em julgado, ou em qualquer momento? E em casos de desclassificação, como se procederia?

Para tanto, com o viés de melhor compreender essas celeumas inicialmente instaladas, faz-se impositivo analisar, como questão pressuposta, os papeis funcionais e processualmente estabelecidos pela nova sistemática legal imposta. Em particular, analisa-se com especial destaque a concentração da sindicabilidade da recusa do ANPP no âmbito do Ministério Público.

2. A sindicabilidade da recusa do acordo de não persecução penal

Como titular da ação penal, o Ministério Público auferiu maior relevo funcional a partir da nova conformação estabelecida pela Lei nº 13.964/2019. De fato, não apenas foi estabelecida a concentração da sindicabilidade de arquivamento de procedimentos investigatórios (artigo 28, do Código de Processo Penal) no âmbito do Ministério Público, bem como tal rotina foi estendida à hipótese de recusa do ANPP (§14).

Em outras palavras, eventual irresignação à recusa no oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal é de exclusivo controle do Ministério Público, por intermédio da instância de revisão ministerial (§14).

Isso significa que a disciplina legal não tolera o controle judicial das decisões ministeriais de não cabimento do acordo de não persecução penal. É dizer, se o Ministério Público entender incabível o acordo em todas as instâncias (órgão de execução e revisão) e assim recusá-lo, não há que se falar em ANPP. Com efeito, a Lei nº 13.964/19 atribui ao Poder Judiciário tão apenas o controle de homologação do ajuste celebrado nas dependências do Ministério Público (§5º), não havendo qualquer previsão acerca de intervenção judicial em casos de arquivamento do expediente investigatório ou recusa na proposição de ANPP.

A partir da dinâmica estabelecida, observa-se que o juiz passa a desempenhar função menos interferente e mais equidistante, seja em relação à formulação da hipótese acusatória e recusa do ANPP, seja no tocante à ho-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf. Acesso em 1º ago 2020, p.348-364.

mologação do ajuste. Decerto, mesmo no estrito âmbito da sindicabilidade judicial (juízo de homologação), a eventual deliberação de reformulação do ajuste deve comportar aquiescência do investigado e de seu defensor (§5º). Do mesmo modo, em relação ao controle ministerial da recusa, em que a equidistância é mais evidente, a iniciativa é apenas do investigado e não do Poder Judiciário (§14).

Assim sendo, afigura-se equívoco o comportamento do órgão judicial que, não obstante a recusa expressa e circunstanciada do ANPP registrada pelo órgão ministerial, tem deixado de acolhê-la, enjeitando o recebimento da denúncia sob a alegação de suposta falta de interesse de agir e prejuízo ao investigado[3].

Do mesmo modo, observa-se conduta equivocada na criação, em primeira instância ou até mesmo em grau recursal, de nova etapa procedimental extralegal e oficiosa de determinação, ou baixa em diligência ao primeiro grau, para exame de cabimento e eventual ajuste entre o Ministério Público e o condenado, mediante suspensão do processo – ainda que em instância recursal – e do curso do prazo prescricional[4].

Tais providências judiciais sugerem sindicabilidade que inegavelmente encerra transposição das balizas legais e indevido avanço sobre o papel funcional e processual destinado ao Ministério Público. Essa compreensão já foi reconhecida em julgados recentes do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás[5] e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[6]. Nesse último caso, merece referência e destaque o voto relator proferido, *verbis*:

> Com efeito, cabe observar que com o Estatuto Anticrime o nosso ordenamento processual pe-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 SÃO PAULO. 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rese nº 1507691-40.2020.8.26.0050. Relator: Newton Neves. Diário Eletrônico.

4 Aqui, invoca-se o novel artigo 116, IV, Código Penal, que não traduz efetivamente a hipótese cogitada (“enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal”). Demais disso, cogita-se ainda, em grau recursal, sobre a existência de uma hipótese de “suspensão condicional do processo extraordinária”, o que não comporta qualquer amparo legal (BRASIL. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Correição Parcial nº 5009312-62.2020.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Diário Eletrônico; BRASIL. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Questão de Ordem na Apelação Criminal nº 5005673-56.2018.4.04.7000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Diário Eletrônico).

5 GOIÁS. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Habeas Corpus nº 5214703-40.2020.8.09.0000. Relator: Nicomedes Domingos Borges. Diário de Justiça Eletrônico.

6 SÃO PAULO. 3ª Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus nº 2064200-84.2020.8.26.0000. Relator: Xisto Rangel. Diário Eletrônico.

> nal deu uma inquestionável guinada no sentido do sistema acusatório puro, colocando o juiz em posição menos interferente no que toca à formulação da acusação. Ou seja, o juiz até pode aplicar o art. 28 do CPP por força do disposto no parágrafo 14 do novo art. 28-A, mas não pode, em sendo mantida a recusa do MP, ir além disso, até porque, se bem observada a nova redação do art. 28 (também por força da Lei 13.964/19 Estatuto Anticrime), o órgão do MP nem mais submete ao juiz a apreciação da sua "ordem de arquivamento". (Des. Rel. Xisto Rangel, julgado em 5 de maio de 2020).

Outro não foi o entendimento lançado no Enunciado nº 32, da I Jornada de Direito Penal e Processual Penal, do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao Superior Tribunal de Justiça: "a proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-dever do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do artigo 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no §14 do mesmo artigo"[7].

Portanto, a partir da conformação legal conferida à hipótese de recusa do acordo de não persecução penal (§14), torna-se impositivo reconhecer que compreende atribuição exclusiva do Ministério Público. A recusa, vale dizer, pode estar amparada na ausência de condições autorizadoras ou presença de circunstâncias impeditivas do acordo de não persecução penal. Em havendo oferecimento de denúncia, competirá ao Ministério Público expressar as razões do não oferecimento do ANPP, o que poderá ser, após provocação exclusiva do investigado, passível de controle submetido a instância de revisão do Ministério Público (§14).

Assim, o sopesamento e a avaliação das circunstâncias autorizadoras e impeditivas, no que refere à ausência daquelas e presença dessas, competem exclusivamente ao Ministério Público, que deverá, atento à natureza jurídica de poder-dever do instituto, justificar e motivar a decisão de oferecimento ou não de proposta de ANPP.

Nesse sentido, o oferecimento, ou não, do ANPP traduz verdadeiro espaço de decisão ministerial, que se volta não apenas à ponderação das circunstâncias autorizadoras e impeditivas, bem assim do fato objetivo em si

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 32. Disponível em: < https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/enunciados-da-i-jornada-de-direito_14.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

retratado no expediente investigatório. Com efeito, avaliar "não ser o caso de arquivamento", ponderar "a suficiência e necessidade para reprovar e prevenir o crime" e observar "conduta criminal, habitual e reiterada" compreendem exercícios que exigem incursão em análise – conquanto preliminar – detida e circunstanciada do fato objetivo à luz da legislação em vigência.

A decisão de denunciar, assim, não exigirá apenas a narrativa do fato objetivo e a indicação do seu amoldamento típico, com declinação de provas a serem produzidas, mas também, de forma fundamentada, o apontamento das razões concretas que informam a recusa do ANPP, cuja atribuição é exclusiva do Ministério Público.

Eventual inconformidade referente à extensão da recusa ministerial não poderá ser objeto de rejeição da denúncia (ou mesmo de suspensão do feito), mas apenas, por provocação do denunciado, poderá ensejar a remessa da irresignação para o órgão de revisão do Ministério Público (§14). Insiste-se: sem intervenção favorável do Ministério Público (compreendidas as instâncias de revisão), não há que se cogitar acordo de não persecução penal.

O legislador conferiu tratamento inédito, distinto e especial ao controle da recusa do acordo de não persecução penal, referindo-se expressamente à rotina disposta no artigo 28, do Código de Processo Penal (§14); afastando, assim, o regramento imposto pelo artigo 395 da legislação processual penal.

Assim sendo, o espaço decisório referente ao controle da recusa está estabelecido, de forma exclusiva, no Ministério Público, de maneira que o seu deslocamento para o *locus* judicial encerra desvirtuamento da dinâmica estabelecida em lei. Nesse sentido, impor oficiosamente a suspensão de ações penais ou até mesmo suscitar, também oficiosamente, o debate de aplicabilidade do ANPP compreendem providências que são estranhas à dinâmica legal, especialmente à forma de sindicabilidade judicial prevista (§5º).

3. Momento e oportunidade

Por estar exclusivamente compreendido nas dependências do Ministério Público, o espaço decisório referente à recusa do ANPP também é envolvido e permeado por questões não claramente tratadas na novel legislação, como o momento e a oportunidade. Essa complexa temática, que tem ocupado posição destacada nas discussões iniciais do novo instituto, merece profunda reflexão e não comporta decisão precipitada.

De fato, há um momento ótimo e oportuno para o oferecimento do ANPP, a saber, a ocasião do término das investigações. Uma vez consolidada a *opinio delicti* ministerial e observada a presença de indícios de autoria e materialidade, o órgão ministerial de execução deverá, em havendo circunstâncias autorizadoras e ausência de condições impeditivas, formular proposta

de ANPP.

Nada obstante, é possível admitir que a proposta de ANPP seja formulada em outras ocasiões, seja pela omissão no exercício do poder-dever pelo Ministério Público, seja pela avaliação equivocada das condições autorizadoras e impeditivas. Registre-se que tal equívoco não decorre, a rigor, de má avaliação do órgão ministerial, mas poderá decorrer, por exemplo, de eventual desclassificação verificada após regular instrução probatória e reconhecida pelo Ministério Público (artigo 383, do Código de Processo Penal).

No caso de desclassificação, a compreensão do espaço decisório exclusivo do Ministério Público tem inegável relevo. De fato, por vezes será comum que o magistrado sentenciante promova a desclassificação da hipótese acusatória formulada pelo órgão ministerial, de modo a tornar cabível, em tese e sob aspecto objetivo, a aplicação do instituto.

Nada obstante, por compreender espaço decisório exclusivo do Ministério Público, também afeto à análise do fato objetivo em si, tem-se que a nova conformação legal desautoriza o juízo a exercer controle voltado a compelir o órgão de acusação a formular proposta de ANPP. É dizer, tendo o Ministério Público, em fase de alegações finais, insistido em pretensão condenatória, caberá ao juízo sentenciante, se entender cabível nova definição jurídica do fato imputado, atuar nos limites estabelecidos pelos artigos 383 e 384, do Código de Processo Penal.

Nesse ponto, porém, vale registrar a possibilidade de que, ao término da regular instrução probatória, o Ministério Público reveja a subsunção típica declinada na denúncia e, a partir da desclassificação, ofereça proposta de ANPP. O que não se coaduna com a nova dinâmica, no entanto, é que o Ministério Público seja provocado a todo momento para dizer sobre a possibilidade de formulação de proposta de ANPP, o que encerra evidente tumulto processual. A propósito, como pontua Bruno Calabrich, o processo “é uma marcha para a frente” e “a demanda tem que se estabilizar”[8].

4. Retroatividade e preclusão

No que se refere à cogitação de retroatividade – que ressai evidente diante do caráter inegavelmente material da norma benéfica[9] –, faz-se forçoso

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf. Acesso em 1º ago 2020, p.348-364.

9 QUEIROZ, Paulo. A aplicação da nova lei no tempo. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf. Acesso em 1º ago 2020, p.12-30.

um aprofundamento ainda maior, na medida em que a mera invocação precipitada e isolada do princípio *favor rei* autorizaria enunciar o alcance pelo novo benefício de condenações já transitadas em julgado, como adverte Douglas Fischer: "não há meia retroatividade penal mais benéfica" [10].

O momento e a oportunidade do acordo de não persecução penal compreendem questões afetas ao espaço decisório atribuído, na nova sistemática, principalmente ao Ministério Público. É dizer, a recusa no oferecer o ANPP sob o argumento do momento e da oportunidade apenas comporta controle revisional ministerial.

Desta feita, tem-se que uma primeira restrição (dizer quando não cabe o ANPP) está reservada ao Ministério Público, cabendo tão apenas ao Poder Judiciário eventualmente incrementar essa restrição com o viés de controle de legalidade no âmbito do juízo de homologação (§5º).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) firmaram o enunciado de que "cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"[11], o que também acabou sendo adotado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul[12].

De outro lado, o Enunciado nº 98, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal[13], firmou a compreensão de ser "cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado". O mesmo entendimento é veiculado por José Jairo Gomes e Danielle Torres Teixeira[14].

Em outro sentido, há ainda membros do Ministério Público Brasileiro que entendem ser cabível o acordo de não persecução penal até a ocasião da

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-11062020. Acesso em 10 ago 2020.

11 A propósito, tal compreensão foi invocada pelo Ministro Felix Fischer, que indeferiu petição defensiva no Agravo em Recurso Especial nº 1668089/SP, DJe de 29/6/2020.

12 Provimento nº 1/2020 – PGJ/RS.

13 BRASIL. Ministério Público Federal. Enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados. Acesso em: 2 jul. 2020.

14 GOMES, José Jairo; TEIXEIRA, Danielle Torres. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a-processos-em--curso. Acesso em: 3 ago 2020.

sentença (v.g., Vladimir Aras[15], Rodrigo Leite Ferreira Cabral[16] e Bruno Calabrich[17]).

A partir da sistemática funcional estabelecida e da natureza do acordo de não persecução penal, tem-se que essa última posição se afigura mais acertada, encerrando a sentença hipótese de preclusão do ANPP.

Com efeito, não sendo direito subjetivo do acusado, o ANPP é apto a comportar preclusão, sendo que estender o seu alcance para além do trânsito em julgado ou mesmo para a fase recursal desnaturaria a sua própria razão de ser. O ANPP compreende, rigorosamente, poder-dever do Ministério Público, a quem compete exclusivamente aferir a aptidão e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

Assim sendo, em seu espaço decisório, o Ministério Público, atento à avaliação da aptidão e suficiência para reprovação e prevenção do delito, deverá realizar juízo de restrição – definindo quando não cabe o ANPP – a partir da função político-criminal do instituto[18].

Nessa altura e compreendido esse espaço decisório exclusivamente ministerial, torna-se inegável reconhecer que, após a sentença penal condenatória, ainda que não transitada em julgado, o acordo de não persecução penal tem, nesse momento, sua função político-criminal absolutamente esvaziada. De fato, o novel instituto encerra evidente medida de economia processual, restando prejudicada essa condição com o término da instrução e o julgamento exaustivo da hipótese, que ocasiona o esgotamento da jurisdição ordinária.

No mais, como destaca Rodrigo Leite Ferreira Cabral[19], a confissão também resta prejudicada, porquanto eventual colaboração do acusado nessa fase se tornaria irrelevante e sem propósito. Ignorar tal aspecto traduz completo desvirtuamento do instituto, bem como razoável sacrifício do interesse ministerial em sua celebração.

Diante das proximidades existentes e da idêntica natureza observada, torna-se ilustrativo recorrer à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

15 ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In: JUNQUEIRA, Gustavo et al. (org.). Lei Anticrime Comentada. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

16 CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020, p.210-216.

17 CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf. Acesso em 1º ago 2020, p.348-364.

18 CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020, p.215.

19 CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020, p.213.

que, na oportunidade do advento da Lei nº 9.099/95, julgou ser impossível a retroação da disciplina referente à suspensão condicional do processo às hipóteses já alcançadas por sentença penal condenatória[20].

Demais disso, com o alcance da sentença penal condenatória, é dificultoso avaliar a aptidão e suficiência do ANPP, em fase recursal, para reprovação e prevenção do crime. Isso porque, com a prolação da sentença condenatória, tem-se que objetivo referido já se encontra exaurido. Decerto, o artigo 59, do Código Penal, impõe ao juiz a fixação da pena "conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime".

Assim sendo, é de se concluir que, uma vez delineado esse espaço decisório exclusivamente ministerial, a sentença penal condenatória, até mesmo em razão da função político-criminal do ANPP e do exaurimento de condição autorizadora legalmente estabelecida, compreende hipótese de preclusão insuperável, o que torna o instituto inadmissível em fase recursal ou mesmo após o trânsito em julgado, ainda que sob o argumento da retroatividade da lei penal mais benéfica.

De outra parte, mas ainda no contexto da retroatividade, vale ainda ponderar sobre a nova causa suspensiva da prescrição (artigo 116, IV, do Código Penal), que contempla, no âmbito da disciplina do acordo de não persecução penal, extensão mais gravosa ao acusado. Com efeito, uma vez celebrado o acordo e homologado judicialmente, o curso da prescrição da pretensão punitiva não corre enquanto não cumprido ou rescindido o ANPP.

Nesses termos, uma vez admitida a retroatividade a casos anteriores ao advento da Lei Anticrime, mas apenas até a sentença condenatória (hipótese de preclusão), poderia ser cogitado, em casos tais, o afastamento dessa causa suspensiva da prescrição sob o fundamento da irretroatividade da lei penal mais gravosa (*lex gravior*).

No entanto, essa solução encerra combinação de leis e desnatura o caráter unitário da disciplina legal afeta ao novo instituto do acordo de não persecução penal. Com efeito, a lei estabelece como condição autorizadora a aptidão do ajuste para prevenir e reprimir o delito, de maneira que a suspensão do curso prescricional se revela como consectário natural dessa exigência legal.

Sob outro aspecto, a extensão mais gravosa da lei também não pode ser invocada para amparar o argumento da irretroatividade do acordo de não persecução penal, tal qual ocorreu com a superveniência da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, cuja norma teve a sua irretroatividade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito, como ressalta Paulo Queiroz, em caso de normas de conteúdo misto, a escolha da norma aplicável deverá ser infor-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.463. Relator: Celso de Mello, julgado em 10/12/1996.

mada pelo confronto do conteúdo político-criminal prevalecente na reforma legislativa com os interesses concretos do acusado[21].

Nessa ordem de ideias, mesmo que sopesada a suspensão do curso prescricional, tem-se que se sobrelevam os efeitos de extinção da punibilidade (§13) e de manutenção da primariedade técnica (§12), de maneira que comporta norma que, à obviedade, se afigura no todo mais benéfica aos interesses do acusado. Sem prejuízo, cumpre acrescentar que o acusado, em havendo iniciativa do Ministério Público, poderá tão apenas não aceitar a proposta.

No ponto, deve-se ressaltar – uma vez mais – que essa retroatividade resta limitada às hipóteses não alcançadas por sentença condenatória, que compreende evento preclusivo em razão da função político-criminal do acordo de não persecução penal.

5. Conclusões

Com a nova sistemática legal, faz-se impositivo que o Ministério Público assuma o espaço decisório delimitado, bem como crie estruturas voltadas a operacionalizar o novo modelo consensual e acusatório estabelecido. De fato, a nova conformação legal cria espaços exclusivos e próprios de decisão do Ministério Público (artigos 28 e 28-A, §14, ambos do Código de Processo Penal).

Nesse cenário, o momento, a oportunidade e a retroatividade do acordo de não persecução penal compreendem questões que devem ser definidas – ao menos em uma primeira restrição (definir quando não cabe o ANPP) – pelo Ministério Público. Com efeito, em não havendo iniciativa e consentimento do órgão ministerial (aqui compreendida a instância revisional), não há que se falar em ANPP.

Considerando, assim, essa extensão do espaço decisório conferida ao Ministério Público e que acomoda circunstâncias próprias de controle exclusivamente interno, torna-se forçoso que o Ministério Público se volte à função político-criminal do acordo de não persecução penal, com o propósito de conferir segurança jurídica e emprestar à nova sistemática razoabilidade e justa expectativa.

6. Referências

ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In: JUNQUEIRA, Gustavo et al. (org.). Lei Anticrime Comentada. São Paulo: JH

21 QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei processual penal. Disponível em: https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal/. Acesso em 3 ago 2020.

Mizuno, 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 32. Disponível em: < https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/enunciados-da-i-jornada-de-direito_14.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1668089/SP. Relator: Felix Fischer. Diário de Justiça Eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.463. Relator: Celso de Mello, julgado em 10/12/1996.

BRASIL. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Correição Parcial nº 5009312-62.2020.4.04.0000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Diário Eletrônico.

BRASIL. 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Questão de Ordem na Apelação Criminal nº 5005673-56.2018.4.04.7000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Diário Eletrônico.

CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf. Acesso em 1º ago 2020.

FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-11062020. Acesso em 10 ago 2020.

GOIÁS. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Habeas Corpus nº 5214703-40.2020.8.09.0000. Relator: Nicomedes Domingos Borges. Diário de Justiça Eletrônico.

GOMES, José Jairo; TEIXEIRA, Danielle Torres. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a--processos-em--curso. Acesso em: 3 ago 2020.

QUEIROZ, Paulo. A aplicação da nova lei no tempo. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf. Acesso em 1º ago 2020, p.12-30.

QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei processual penal. Disponível em: https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal/. Acesso em 3 ago 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria-Geral de Justiça. Provimento nº 1/2020 – PGJ [Regulamenta o artigo 28-A do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o acordo de não persecução penal]. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/13533/. Acesso em: 30 jun. 2020.

SÃO PAULO. 3ª Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus nº 2064200-84.2020.8.26.0000. Relator: Xisto Rangel. Diário Eletrônico.

SÃO PAULO. 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito nº 1507691-40.2020.8.26.0050. Relator: Newton Neves. Diário Eletrônico.

Data de edição: 20.08.2020.

LEI ANTICRIME, INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E CONFISCO ALARGADO

Murilo Alan Volpi[1]
Matheus Tauan Volpi[2]

SUMÁRIO

RESUMO

A Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19) inseriu no Código Penal o art. 91-A, que trata do chamado "confisco alargado". O presente trabalho, dentro de suas limitações, aponta que a referida modificação legislativa, para além de instituir mais um mecanismo de combate à criminalidade organizada à disposição do Ministério Público, implica em uma necessária ampliação do objeto das investigações criminais, a demandar uma maior articulação entre os agentes envolvidos na persecução penal, notadamente entre Ministério Público e Polícia Civil, a fim de que a investigação preliminar passe também a contemplar informações acerca da situação patrimonial dos investigados.

PALAVRAS-CHAVE: Confisco alargado; investigação preliminar; lei anticrime; persecução penal.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie e Especialista em Direito Tributário pela USP. Professor em cursos preparatórios para concurso. Promotor de Justiça (MP/PR). Exerceu os cargos de Delegado de Polícia no Estado de Minas Gerais e de Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP). E-mail: vmvolpi@gmail.com Currículo Lattes: < http://lattes.cnpq.br/1183964859259783>.

2 Mestre e Especialista em Direito Tributário pela USP. Professor de Direito Penal e Processo Penal na UNIP-São José do Rio Preto/SP. Analista Jurídico do Ministério Público (MP/SP). Telefone: (17) 98144-7338. E-mail: volpi.mt@gmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0111272040274580>.

1. Introdução

A Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19) introduziu na legislação brasileira um conjunto de alterações com o pretenso objetivo de elevar a eficácia no combate ao crime organizado. Dentre as referidas modificações está a inserção do art. 91-A no Código Penal, dispositivo que trata do chamado "confisco alargado" e permite que, na hipótese de condenação por infração penal com pena máxima superior a 06 (seis) anos, seja decretada a perda, como produto ou proveito do crime, de todos os bens do sentenciado que ultrapassem aquilo que seria compatível com seu "rendimento lícito".

O confisco alargado é medida indicada por diversas Convenções Internacionais (Viena, Palermo e Mérida) e possui flagrante viés político-criminal, na medida em que visa, por meio do atingimento dos recursos oriundos da prática delitiva, cumprir com o adágio *"o crime não compensa"*[3]. Giovanni Falcone, juiz italiano mundialmente conhecido por suas ações antimáfia, assassinado em 1992 pela Cosa Nostra, antes da Operação Mãos Limpas, já apontava a necessidade de implementação de medidas que fossem além da prisão como forma de combater o crime organizado, pontuando que *"os mafiosos temem mais o confisco de bens do que serem presos"*.

Desde sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro até o presente momento, o art. 91-A tem sido objeto de diversos estudos, notadamente no que diz respeito ao *standart probatório* aplicável à decisão judicial de confisco. Fábio André Guaragni, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini e Gustavo Henrique Rocha De Macedo[4], em profícuo estudo acerca do tema, após discorrerem acerca dos principais standarts probatórios ("prova acima de dúvida razoável", "probabilidade prevalente" e "prova clara e convincente"), apontam que o "standart probatório" aplicável à decisão acerca do confisco alargado é o da "probabilidade prevalente"[5], embora o "standart" aplicável à decisão de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 118/2016 | p. 123 - 158 | Jan - Fev / 2016 DTR\2016\671

4 GUARAGNI, Fábio André; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MACEDO, Gustavo Henrique Rocha De. Modelos De Constatação De Provas Em Lides De Improbidade Administrativa E Confisco Alargado No Processo Penal. Relações Internacionais no Mundo, v. 3, n. 27, 2019

5 O que é probabilidade prevalente?
"No processo civil, outras possibilidades têm sido aventadas. O modelo da probabilidade prevalente ou mais provável que sim do que não tem sido bastante aclamado, e significa que "se as provas dos autos permitem concluir que a versão da parte autora é mais provável que a versão contrária, o juiz está autorizado a definir o juízo de fato nes-

condenação/absolvição seja o da "prova acima de dúvida razoável". A sentença, para os autores, "*pode ser dividida em capítulos identificáveis: um é a condenação pela prática do crime, com respectiva dosimetria da pena; outro trata da perda do patrimônio ilícito"*. A cada capítulo aplica-se um "standart probatório" diverso.

O presente trabalho, partindo do pressuposto de que a decisão judicial acerca do confisco depende de prévio requerimento formulado pelo Ministério Público (amparado em elementos mínimos de informação), tem por objeto de estudo os reflexos da introdução do art. 91-A no Código Penal no momento inicial da persecução penal, a saber, a investigação preliminar. Aponta-se, em síntese, que a modificação legislativa promovida no Código Penal, para além de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro mais um mecanismo de combate à criminalidade à disposição do Ministério Público, implica em uma necessária ampliação do objeto das investigações criminais, a demandar uma maior articulação entre os agentes envolvidos na persecução penal, notadamente entre Ministério Público e Polícia Judiciária, a fim de que a investigação preliminar passe também a contemplar informações acerca da situação patrimonial dos investigados.

2. Persecução penal

Persecução penal é o conjunto de atividades desempenhadas pelo Estado a fim de tornar possível a atividade repressiva em sede penal. É o caminho percorrido para que seja viável a aplicação de pena ou medida de segurança àquele que praticou uma infração penal.

A persecução penal tem como objetivos descobrir a verdade e aplicar a sanção penal ao autor do fato. Primeiro, apuram-se os fatos, verificando se houve um crime, quem foi o autor e em quais circunstâncias o delito foi pra-

---

se sentido" (CARPES, 2017). O modelo é nomeado por Taruffo como o standard racional. Explica que inferências podem, com grau não absoluto de segurança, confirmar certa hipótese, e então 'esta hipótese é preferida se tem um grau de confirmação probatória mais elevado do que o da hipótese contrária' (TARUFFO, 2017, p. 198). Assim, ao se dar crédito à hipótese com maior prova do que a oposta, o sistema più probabile che non por certo amplia a chance da descoberta da verdade. A racionalidade aqui é lógica, pois a narrativa mais encorpada deve prevalecer sobre aquela suportada por elementos mais fracos. A versão mais provável, ou seja, com maior confirmação probatória, tem maior verossimilhança, e por tal razão deve ser admitida na sentença como verdadeira." (GUARAGNI, Fábio André; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MACEDO, Gustavo Henrique Rocha De. Modelos De Constatação De Provas Em Lides De Improbidade Administrativa E Confisco Alargado No Processo Penal. Relações Internacionais no Mundo, v. 3, n. 27, 2019)

ticado. Em seguida, aplica-se a pena ou medida de segurança ao agente que praticou o injusto.

A persecução penal é trifásica[6]. É composta pelas seguintes fases:

Investigação preliminar	apura a infração penal cometida, com a finalidade de reunir elementos mínimos de prova para iniciar a ação penal
Ação penal	momento em que o direito penal material se concretizará diante de cada caso
Execução penal	satisfação do direito de punir estatal

3. Investigação preliminar

A fase preliminar investigatória tem como objetivo reunir provas mínimas da ocorrência do delito e sua autoria, a fim de evitar ações temerárias. Sem justa causa, isto é, provas mínimas da autoria e da materialidade do crime, a denúncia ou queixa crime serão rejeitadas (art. 395, III, do CPP). Isso porque, diante da carga aflitiva do processo penal, um indivíduo só responderá a um processo criminal se houve provas mínimas de autora e materialidade do delito.

Em regra, a fase preliminar investigatória é realizada por meio de inquérito policial. Contudo, em duas situações não será assim, a saber:

Desnecessidade da investigação preliminar	já existem provas suficientes do crime para início da ação penal. Ex.: crime praticado pela imprensa escrita; ou
Prévia investigação realizada por outros meios	houve prévia investigação por instrumento diverso do inquérito policial e com as provas obtidas já é possível iniciar o processo judicial. Ex.: CPIs, PIC – Procedimento Investigatório Criminal etc.

6 Para parcela da doutrina, a persecução penal é bifásica, não abrangendo a fase de execução penal.

4. Propósito da investigação preliminar

A investigação criminal não é, nem pode ser unidirecional, como se fosse um instrumento exclusivo da acusação para a reunião de provas. Os órgãos que têm atribuição de investigação devem ser imparciais, não tendo compromisso com a acusação, nem com a defesa.

A fase preliminar investigatória tem duas funções: preparatória e preservadora.

Função Preparatória	Reunir elementos que amparem a denúncia, que constituam a justa causa, subsídios à eventual ação penal, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o tempo
Função Preservadora	Garantir direitos fundamentais, evitar acusações infundadas, levianas, temerárias, permitindo o arquivamento dos autos, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários ao Estado.

O inquérito policial e demais instrumentos de investigação preliminar são, por assim dizer, um "filtro". Tem por finalidade buscar a verdade, seja fornecendo substratos para a ação penal, seja documentando elementos em favor do investigado, que possibilitem o arquivamento.

5. Investigação preliminar e confisco alargado

De acordo com o art. 91-A, §3º, do Código Penal, a perda de bens decorrente do confisco alargado deve ser requerida expressamente pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

Referido dispositivo evidencia que, nos crimes com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, a investigação preliminar não resta mais findada com a reunião de elementos de informação acerca da materialidade e autoria delitivas. É necessário, para viabilização da utilização do instituto do confisco alargado, que se vá além, buscando identificar a situação patrimonial do acusado e sua compatibilidade com os rendimentos auferidos licitamente.

Graficamente, o objeto das investigações preliminares pode ser sintetizado da seguinte forma:

Instrumento de Investigação Preliminar	**Objeto (antes da Lei Anticrime)**	**Objeto (após a Lei Anticrime)**
Inquérito Policial	Reunir: prova da materialidade + indícios suficientes de autoria	Reunir: prova da materialidade + indícios suficientes de autoria + informações sobre a situação financeira do investigado em crimes com pena máxima superior a 06 anos
Procedimento Investigatório Criminal	Reunir: prova da materialidade + indícios suficientes de autoria	Reunir: prova da materialidade + indícios suficientes de autoria + informações sobre a situação financeira do investigado em crimes com pena máxima superior a 06 anos

Alexandre Morais da Rosa[7] aponta que o pedido de perda alargada *"pressupõe investigação escorreita e madura, constando expressamente os ativos que se deseja confiscados, porque a ampliação da acusação no decorrer da ação penal se constitui como inovação surpresa e fora do jogo limpo"*.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 ROSA, Alexandre Morais da. Entender a perda alargada trazida pelo pacote "anticrime". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/limite-penal-entender-perda-alargada-trazida-pacote-anticrime#:~:text=A%20perda%20alargada%20(confisco%20alargado,correspondentes%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a%20entre%20o

Referido posicionamento, contudo, não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, se até a própria imputação penal pode ser modificada a luz de novos elementos de prova (mutatio libelli), não há motivos para afirmar que a extensão do pedido de confisco alargado seria imodificável, notadamente porque o bem jurídico em jogo no confisco (patrimônio) é de importância menor que aquele em jogo na imputação penal (liberdade).

Dessa forma, mostra-se mais adequada a linha perfilhada pelo Enunciado nº 2[8] do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG), segundo o qual a indicação de perda alargada pode ser feita a partir de "cálculo simplificado", com incremento do quantum no curso do processo, caso surjam provas no curso da fase judicial.

Todavia, ainda que a indicação possa ser feita a partir de cálculo simplificado, com possibilidade de modificação posterior, faz-se necessário um subtrato mínimo (investigação patrimonial) a embasar o pedido. E a existência de um subtrato mínimo acerca da situação patrimonial dos investigados passa uma maior articulação entre os agentes envolvidos na persecução penal, notadamente entre Ministério Público e Polícia Judiciária, a fim de: a) instituir um mecanismo simplificado de consulta patrimonial; b) redefinir o objeto das investigações preliminares.

Atribui-se a Leonardo da Vinci a frase segundo a qual *"a simplicidade é o último grau da sofisticação"*. Referida afirmativa, com as devidas ressalvas, pode ser transposta ao processo penal. Quanto mais a investigação preliminar depender de tarefas complexas, menores serão as chances de se obter, em todos os inquéritos policiais ou Procedimentos Investigatórios Criminais, elementos acerca da situação patrimonial dos investigados.

Dessa forma, uma primeira medida fundamental para efetivação do uso corrente do instituto do confisco alargado parece ser a instituição de um mecanismo simplificado de consulta patrimonial, preferencialmente um sistema único a partir do qual possam ser levantadas todas as informações acerca da situação patrimonial do investigado e das pessoas em nome das quais possam estar registrados seus bens.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 ENUNCIADO 2 (ART. 91-A, caput e parágrafo 3º, do CP). Nos casos de confisco alargado (art. 91-A), para efeito de indicação do valor a ser perdido (parágrafo 3º), basta a apresentação de cálculo simplificado, baseado nos dados disponíveis no momento do oferecimento da denúncia, sem prejuízo do incremento do quantum decorrente de eventuais provas que venham a ser aviadas aos autos no curso da instrução processual.

Para além da instituição de um mecanismo simplificado de consulta patrimonial, há também a necessidade de redefinição do objeto das investigações preliminares nos crimes com pena máxima superior a 06 (seis anos), a fim de cada um dos agentes da persecução penal esteja ciente do papel a ser desempenhado por ele.

Com efeito, o Inquérito Policial, por exemplo, não pode ser encerrado e relatado sem informações acerca da situação patrimonial dos investigados nos crimes com pena máxima superior a 06 (seis) anos. Referido encerramento prematuro abriria duas alternativas: a) realização da investigação patrimonial pelo próprio titular da ação penal, que daria prosseguimento ao trabalho desempenhado pela Polícia Civil, exercendo uma espécie de segundo capítulo da investigação criminal; b) requisição de diligências complementares. Ambas as alternativas, contudo, retardariam o fluxo da investigação preliminar.

6. Conclusões

A introdução do instituto do confisco alargado no ordenamento jurídico brasileiro, para além de criar mais um mecanismo de combate à criminalidade organizada à disposição do Ministério Público, promoveu uma necessária ampliação do objeto das investigações criminais, a demandar maior articulação entre agentes públicos envolvidos na persecução penal, notadamente para o fim de: a) instituir um mecanismo simplificado de consulta patrimonial; b) redefinir o objeto das investigações preliminares e, por consequência, o papel da cada um dos atores da persecução penal.

O pedido de confisco alargado deve estar embasado em um subtrato probatório mínimo (investigação patrimonial), impondo que as investigações preliminares passem a contemplar também informações acerca da situação patrimonial dos investigados, de modo a viabilizar a utilização do instituto previsto no art. 91-A do Código Penal.

7. Referências

BALTAZAR JUNIOR, José Roberto. Standards probatórios no processo penal. Revista da Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 4, p. 161-185, nov. 2007. Disponível em: https://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/4/revista4.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. de 2020.

_______. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG). ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS DA LEI ANTICRIME. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf;

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lições da Itália ao Brasil na luta antimáfia contra organizações criminosas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jul-02/direito-defesa-licoes-italia-brasil-luta-organizacoes-criminosas#_ftn4

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MACEDO, Gustavo Henrique Rocha De. Modelos De Constatação De Provas Em Lides De Improbidade Administrativa E Confisco Alargado No Processo Penal. Relações Internacionais no Mundo, v. 3, n. 27, 2019.

MUDROVITSCH , Rodrigo de Bittencourt; CARVALHO, Felipe Fernandes de. A inconstitucionalidade do "perdimento alargado" de bens do pacote "anticrime". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-08/opiniao-inconstitucionalidade-perdimento-alargado-bens

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 118/2016 | p. 123 - 158 | Jan - Fev / 2016 DTR\2016\671

ROSA, Alexandre Morais da. Entender a perda alargada trazida pelo pacote "anticrime". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/limite-penal-entender-perda-alargada-trazida-pacote-anticrime#:~:text=A%20perda%20alargada%20(confisco%20alargado,correspondentes%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a%20entre%20o

SAAD, Marta Cristina Cury. Prisão processual para recuperação de ativos: uma prática desfuncionalizada. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; SAAD, Marta; MORAES, Mauricio Zanoide de (Orgs.) Processo penal humanista. Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte: Ed. D´Plácido, 2019, p. 265-284.

______. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: Ed. RT, 2004, ítem 3.1, p. 198-269.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL E ACORDO DE NÃO CONTINUIDADE DA PERSECUÇÃO CÍVEL: QUESTÕES PRÁTICAS

Rogério Rudiniki Neto[1]

SUMÁRIO

RESUMO

O trabalho aborda aspectos práticos das figuras do acordo de não persecução cível e acordo de não continuidade da persecução cível. Analisa-se a disciplina legal existente, inclusive apontando eventuais vicissitudes, propondo soluções para a operacionalização das figuras em diversos aspectos, como as hipóteses de cabimento, cláusulas mínimas, regime de execução etc.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa; acordo de não persecução cível; Ministério Público; combate à corrupção; resolutividade.

1. Introdução

Valorizando a consensualidade e a negociação, o Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/19), na esfera criminal inseriu, o novel acordo de não persecução penal, já no âmbito cível sancionatório criou o chamado acordo de não persecução cível, sendo que o presente estudo busca abordar essencialmente

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestre em Direito pela UFPR e Promotor de Justiça no MPPR.

aspectos práticos relacionados ao manejo deste instituto.

Admitindo que o negócio, inclusive, pode ser celebrado em ações de improbidade já em curso, utilizou-se no título do trabalho também a expressão "acordo de não continuidade da persecução cível". Todavia, ao longo do texto, para tornar a leitura menos repetitiva, na maioria dos momentos utilizaremos apenas a expressão prevista em lei: "acordo de não persecução cível" ou "ANPC".

O acordo de não persecução cível possui clara inspiração na figura do termo de ajustamento de conduta em atos ímprobos de menor potencial ofensivo. Esta figura foi pioneiramente criada no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, por meio da resolução 01/2017 do Conselho Superior do MPPR, tendo a ideia sido, em seguida, adotada em âmbito nacional pela resolução n. 179 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Quando da edição dessas resoluções partiu-se das seguintes premissas: em atos ímprobos de menor potencial ofensivo dificilmente serão impostas as sanções mais gravosas, sujeitas à reserva de jurisdição, previstas na Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), tais como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. Nesses casos, em geral, é imposta multa, além da obrigação de reparar o prejuízo ao erário, sendo contraproducente aguardar um longo e dispendioso processo judicial quando o próprio agente ímprobo pode ter interesse em resolver rapidamente sua situação mediante a realização de acordo com o Ministério Público.

Nesse sentido, diferenciando os atos de mera irregularidade administrativa (que não caracterizam atos de improbidade administrativa) dos atos de improbidade administrativa de pequena gravidade, Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz citam julgado do Superior Tribunal de Justiça em ação de improbidade em que a causa de pedir era a apropriação de diárias por servidor público, perfazendo o valor de R$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) – STJ, 2ºT., REsp 980.706/RS. Rel. Min Luiz Fux, *DJe* 23/02/2011. A corte entendeu estar configurado ato de improbidade administrativa, no entanto, aplicando o princípio da razoabilidade, cominou apenas a sanção de multa civil no valor de três vezes a remuneração do agente, além do ressarcimento ao erário. Entendeu-se que o fato em questão não justifica a perda da função pública e a suspensão dos direitos públicos. Como indicam os autores citados, trata-se de situação que poderia ter sido resolvida mediante a celebração de acordo, evitando-se "(...) a judicialização da demanda, com economia, diminuição de tempo para a solução da questão jurídica e mais rápido ressarcimento dos danos ao erário".[2]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 CAMBI, Eduardo; SMIRNE DINIZ, Cláudio. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade admi-

Pela realização de inúmeros termos de ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa, o Ministério Público obteve o rápido ressarcimento ao erário (o que globalmente, considerando o conjunto de acordos feitos, representou valores significativos), ademais, evitou que essas condutas ficassem sem tempestiva resposta estatal.

Tal forma de atuação insere-se no âmbito da "justiça multiportas", a qual parte da premissa de que a sentença judicial nem sempre é forma mais eficaz de se solucionar um conflito, pelo contrário, valoriza-se a mediação, a conciliação, a negociação, a arbitragem etc.

Se os métodos alternativos/autocompositivos foram amplamente enaltecidos pelo Código de Processo Civil de 2015, por certo há algum tempo já norteiam a atuação do Ministério Público no âmbito da tutela coletiva.

No Processo Civil a Constituição de 1988 valorizou muito a atuação do Ministério Público como agente (legitimado extraordinário, defendendo em nome próprio direitos transindividuais). O órgão tradicionalmente reservava-se a atuar na condição de fiscal (outrora chamado de fiscal da lei, e hoje erigido a fiscal da ordem jurídica).

A atuação ministerial como agente também se desdobrou em dois perfis, um chamado demandista, outro chamado de resolutivo. O perfil demandista foca na atuação junto ao Poder Judiciário, priorizando o ajuizamento de ações civis públicas. Por outro lado, o Ministério Público resolutivo busca resolver questões relativas a direitos sociais e coletivos na seara extrajudicial, mediante os instrumentos disponíveis (inquérito civil, compromisso de ajustamento de conduta, recomendação administrativa, entre outros). Via de regra, a solução extrajudicial é mais célere, uma vez que o trâmite do processo judicial pode se delongar por anos.

O aprimoramento técnico e prático do Ministério Público ainda gerou uma nova bipartição dentro do modelo resolutivo. Hodiernamente, fala-se no Ministério Público resolutivo de primeira dimensão e de segunda dimensão. A primeira dimensão diz respeito à solução resolutiva de problemas específicos, voltando-se ao passado (como exemplo, um termo de ajustamento de conduta firmado para a construção de creches quando já configurado notório déficit de vagas no Município). Já a segunda dimensão diz respeito à fiscalização permanente de políticas públicas, assumindo uma função mais preventiva, evitando que os problemas surjam (ex: procedimento para acompanhamento da política carcerária do Estado, no qual podem ser feitas recomendações para

---

nistrativa. Disponível em: file:///C:/Users/MPPR/Downloads/Possibilidades%20de%20soluc%CC%A7a%CC%83o%20extrajudicial%20de%20conflitos%20na%20a%CC%81rea%20da%20protec%CC%A7a%CC%83o%20ao%20patrimo%CC%82nio%20pu%CC%81blico%20e%20da%20tutela%20da%20probidade%20administrativa%20(3).pdf

que se evitem problemas futuros, como superlotação ou rebeliões).

Pontue-se que o modelo resolutivo de atuação do Ministério Público foi amplamente valorizado pela Carta de Brasília, documento redigido por membros do Ministério Público de todo o Brasil, ao prever, entre outras, a seguinte diretriz: "priorização da atuação preventiva, de modo a atuar programaticamente para combater ilícitos que possam gerar situações de lesão ou de ameaça de lesão aos direitos fundamentais afetos à atuação do Ministério Público, priorizando, para tanto, medidas extrajurisdicionais e judiciais que sejam eficientes para evitar essa prática".

O viés resolutivo conferiu uma nova vocação ao inquérito civil, inserindo-o no sistema multiportas. Tradicionalmente o inquérito civil, fortemente inspirado no inquérito policial, foi pensado para ser encerrado em razão do ajuizamento de ação civil pública ou pelo seu arquivamento face à ausência de comprovação de lesão à interesse coletivo. No entanto, como ensinam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a função resolutiva tornou-se central nos inquéritos civis: o problema coletivo em sua totalidade pode ser resolvido extrajudicialmente no âmbito do inquérito civil, pela expedição de recomendações administrativas e pela celebração de termo de ajustamento de conduta.[3] Ora, o arquivamento do inquérito civil não mais ocorre apenas quando não existem elementos para o ajuizamento de ação civil pública, mas também quando logrou-se êxito em sanar, de forma resolutiva, o dano/ausência de política pública.

Observando a atuação de Promotores de Justiça, Cátia Aida Silva elaborou os tipos ideais "Promotor de gabinete" e "Promotor dos fatos". Para a autora, aquele "(...) não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não governamentais"; já este "conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas às suas áreas, dá tanta ou mais importância ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não-governamentais e agindo como articulador político".[4]

Se a solução negociada no âmbito de conflitos envolvendo políticas públicas é efetiva na garantia dos mais diversos direitos fundamentais, em outra faceta da autuação ministerial, qual seja, o combate à corrupção e aos desvios praticados por agentes públicos, essa forma de trabalho tem o poder

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 255.

4 SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais. v. 16, n. 45. São Paulo, 2011, p. 127/144.

de assegurar o necessário e tempestivo ressarcimento ao patrimônio público lesado e de afastar o risco de que o agente ímprobo permaneça impune, muitas vezes perpetuando condutas ilícitas.

Inspirada nessas premissas, a Lei nº 13.964/19 ("Pacote Anticrime", ou "PAC"), promoveu alterações na Lei de Improbidade Administrativa, legalizando o termo de ajustamento de conduta em atos ímprobos, agora denominado acordo de não persecução cível ("ANPC"). Trata-se de instrumento de vocação resolutiva no âmbito da proteção do patrimônio público.

Adiante passaremos a estudar a disciplina legal do ANPC, além de analisar criticamente os vetos presidenciais ao trato da figura.

2. Acordo de não persecução cível nos termos do Pacote Anticrime

De início, nota-se que o Pacote Anticrime alterou 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, afastando quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de acordos nessas ações, ao prever que na ação de improbidade é possível o acordo de não persecução cível.

Neste artigo também foi adicionado o §. 10-A, com a seguinte dicção: "havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias".

Inseriu-se, também, o art. 17-A na LIA, o qual, conforme o texto aprovado pelo Congresso Nacional, tinha a seguinte redação:

> Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:
>
> I - o integral ressarcimento do dano;
>
> II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;
>
> III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente."
>
> "§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo

> levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso."
>
> § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.
>
> "§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.
>
> § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.
>
> § 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

Usou-se a expressão "tinha" pois o artigo 17-A foi integralmente vetado pela Presidência da República (ou seja, sobre o ANPC restam apenas o art. 17, §1º e § 10-A).

As razões do veto foram bipartidas em duas mensagens, uma destinada ao *caput* e aos parágrafos 1º, 3º, 4º, e 5º, e outra para o parágrafo 2º.

Passo a examiná-las.

3. Legitimados para tomar o acordo de não persecução cível e o problema da fiscalização dos acordos não celebrados pelo Ministério Público

Ao vetar o *caput* e aos parágrafos 1º, 3º, 4º e 5º do art. 17-A da Lei de Improbidade Administrativa, com a redação dada pelo Pacote Anticrime, a Presidência alegou que

A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade

administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.

É evidente que o veto centrou-se no fato da lei citar apenas o Ministério Público como legitimado para firmar com o agente ímprobo o acordo de não persecução cível, uma vez que, em relação à ação de improbidade administrativa, a legitimidade ativa é não só do Ministério Público, mas também pessoa jurídica lesada (art. 17, *caput*).

Como ocorre no microssistema de tutela coletiva, trata-se de legitimidade concorrente e disjuntiva: qualquer um dos legitimados pode agir em juízo independentemente da atuação do outro, e o ajuizamento de ação por um impede que o outro ajuíze.

Por exemplo, caso o Ministério Público possua um inquérito civil para investigar certo ato ímprobo na administração municipal, mas no curso dessa investigação o Município lesado pela prática, por meio de sua procuradoria jurídica, ajuíze ação de improbidade acerca dos mesmos fatos, o inquérito civil fatalmente deverá ser arquivado. Ao Ministério Público caberá intervir na ação como fiscal, ou requerer habilitação no processo como litisconsorte ativo, inclusive podendo emendar a petição inicial. Mesmo sendo essas afirmações verdadeiras, por certo isso não permite que se concorde com o veto presidencial.

Em primeiro lugar, o veto foi danoso, pois, ao suprimir o *caput* do art. 17-A, também baniu da lei os incisos deste dispositivo, bem como os parágrafos 1º, 3º, 4º e 5º.

Os incisos continham as condições mínimas que deveriam constar para que o negócio jurídico fosse válido. O §1º trazia as diretrizes que podiam ser vistas como as hipóteses de cabimento do acordo de não persecução cível. O §3º previa que “as negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor”. O §4º trazia a necessidade de o acordo ser homologado pelo órgão de revisão do Ministério Público, enquanto o §5º previa que, em seguida, o ANPC seria homologado pelo juízo competente (a lei aprovada pelo congresso estabelecia uma “dupla chancela” do acordo de não persecução cível).

Ou seja, em razão do veto hoje não constam na LIA as diretrizes basilares destinadas a nortear a celebração do ANPC, sendo esse um fator de

insegurança aos operadores do direito com atuação na área (o tema será aprofundado oportunamente).

As razões do veto igualmente são questionáveis ao afirmarem, sem maiores preocupações, que o ente público lesado pode firmar o acordo de não persecução cível, pois existe o risco de práticas nebulosas.

Por exemplo, é certo que em muitos municípios o prefeito possui total controle da máquina pública, estando a procuradoria jurídica a ele subordinada. Caso esse prefeito tenha praticado um ato ímprobo e ainda não exista ação judicial a este respeito (na ação sempre haverá a intervenção do Ministério Público), e venha a realizar um acordo de não persecução cível com o próprio ente por ele gerido, como se garantirá que os termos do negócio jurídico são minimamente adequados à reparação do prejuízo e a correta repressão do desvio praticado?

Caso se admita, como deseja o veto presencial, que o *Parquet* não é o único legitimado para tomar o ANPC, é absolutamente necessário que qualquer acordo que venha a ser celebrado por entes públicos com seus gestores ou servidores passe pelo crivo do Ministério Público, para que possa fiscalizar os termos do ANPC, bem como sua execução.

Diante da multiplicidade de entes púbicos espalhados pelo território nacional, é evidente que não há no momento uma forma de se garantir que esse controle ministerial possa ser feito de forma uniforme. Todavia, por ora, caso venha a ter conhecimento de um acordo de não persecução cível pactuado de maneira escusa, deve o Ministério Público ingressar com ação anulatória.

4. Requisitos e hipóteses de cabimento do acordo de não persecução cível

Como visto, o primeiro veto presencial acabou por suprimir da lei as condições mínimas que deveriam constar para que o negócio jurídico fosse válido. De fato, as razões do veto nada falam a esse respeito, uma vez que a intenção da Presidência, como já explanado, era de expurgar da lei os dispositivos que citavam apenas o Ministério Público como legitimado para tomar o ANPC (no entanto, como os incisos não podem sobrevier sem o *caput*, foram vetados “por arrastão”).

Era extremamente salutar a presença na legislação das condições mínimas que devem constar nesse negócio jurídico, inclusive porque foram elencadas pelo legislador com grande razoabilidade, quais sejam: i) integral ressarcimento do dano; ii) a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem obtida, ainda que oriunda de agentes privados; iii) pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.

A falta dos requisitos na lei pode gerar problemas na prática, inclusive quando das negociações, causando insegurança.

Acredita-se que no futuro possivelmente haverá mínima construção jurisprudencial modulando esses aspectos, no entanto, por enquanto, o ideal é que o Conselho Nacional do Ministério Público e os ramos do Ministério Público nacional editem resoluções a esse respeito. Enquanto esses atos não são publicados, os acordos de não persecução cível celebrados pelo *Parquet,* no tocante às cláusulas mínimas do ajuste, devem seguir as resoluções existentes sobre o termo de ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa (considerando, inclusive, que o ANPC é a versão "legalizada" desse TAC), nada impedindo que o dispositivo da LIA vetado também sirva como norte.

Se os incisos do art. 17-A da Lei de Improbidade Administrativa não poderiam permanecer sem que houvesse um *caput* no dispositivo, o mesmo ocorreu com os parágrafos.

Lamenta-se que o §1º do art. 17-A tenha sido suprimido. Ele trazia requisitos que deveriam estar presentes para que esse negócio jurídico pudesse vir a ser celebrado. Constava que: "em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso".

É evidente que não é todo e qualquer ato ímprobo que permite a solução negociada. Pense-se, por exemplo, na situação em que um professor da rede pública de ensino praticou, dentro das dependências da escola, abusos contra infantes submetidos a sua autoridade.

Esse fato, além da repercussão criminal, também configura um gravíssimo ato de improbidade administrativa diante da ululante violação a princípios da administração pública, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2. Turma, REsp 1.255.120/SC, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 28/05/2013).

É absolutamente claro o descabimento do acordo de não persecução cível em um caso como esse, uma vez que são imensas a gravidade e a repercussão social do ato.

Neste aspecto, assim como ocorre em relação às condições mínimas que precisam estar presentes no ANPC, o problema será contornado pela edição de resoluções no âmbito do Ministério Público, ademais, nada impede, pelo contrário, recomenda-se, que o dispositivo vetado continue servindo como referência.

Entende-se também, que em se tratando de "acordo de não persecução", a confissão do agente ímprobo acerca dos fatos que lhe são imputados também é um requisito.

Ato contínuo de análise, observa-se que o vetado §3º dispunha que: "as negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público

e o investigado ou demandado e o seu defensor”. Trata-se de outra disposição vetada pelo Presidente da República por mencionar tão somente o Ministério Público como legitimado para tomar o ANPC.

A norma previa a necessidade de o agente ímprobo estar assistido por advogado quando das negociações, similar ao que ocorre com a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal. Busca-se aqui garantir a voluntariedade do acordo.

De todo modo, como a exigência da participação do advogado não existe na lei (foi vetada), em verdade não se trata de um requisito de validade deste negócio. Aqui é interessante traçar um paralelo com o termo de ajustamento de conduta. De fato, a advocacia é função essencial à justiça, sendo extremamente recomendado que em qualquer termo de ajustamento de conduta (TAC) o compromissário subscreva o título assistido por advogado. No entanto, é comum que em sede de embargos à execução do TAC se alegue a nulidade do ajuste por conta da ausência de assinatura de advogado no termo. Ocorre que não há exigência legal nesse sentido. Como ensina Ana Luiza de Andrade Nery:

A celebração do compromisso de ajustamento de conduta não exige a presença de testemunhas tampouco de advogado pelas partes. Portanto, o compromisso de ajustamento existirá e será válido quando as partes tiverem capacidade para celebrá-lo, o objeto consistir em obrigações lícitas, possíveis e adequadas à prevenção ou reparação do direito tutelado bem como quando o acordo for manifestado sem qualquer tipo de vício e sua forma seja escrita e de acordo com as normas que o regem.[5]

Esse raciocínio aplica-se igualmente ao acordo de não persecução cível, de modo que somente se exigirá que o órgão do Ministério Público celebre o negócio jurídico com a necessária presença de advogado representando o agente público se a respectiva resolução que regule o ANPC naquele ramo do Ministério Público assim exigir.

Pontue-se ainda que, considerando que a figura foi ontologicamente pensada para atos de improbidade de menor potencial ofensivo, a exigência da representação por advogado pode, inclusive, ferir a isonomia na medida em que servidores públicos do baixo escalão podem não ter condições de arcar com os custos dessa contratação, enquanto os gestores dos entes públicos jamais enfrentarão tal tipo de empecilho.

Complementando este tópico, o vetado §4º do art. 17-A trazia a necessidade de o acordo ser homologado pelo órgão de revisão do Ministério

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2012, p. 216.

Público, enquanto o §5º previa que, em seguida, o ANPC seria homologado pelo juízo competente (a lei aprovada pelo congresso estabelecia uma "dupla chancela" do acordo de não persecução cível).

É importante notar que, da forma como estava previsto na lei, qualquer acordo de não persecução cível (tanto aquele firmado na fase extrajudicial – de investigação –, quanto aquele celebrado em ação judicial) passaria por dupla homologação: primeiramente pelo órgão de revisão do Ministério Público (Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão), depois pelo juiz competente – com os vetos, a sistemática de homologação ficou um pouco diferente.

Com o veto, a questão será regulada no âmbito do Ministério Público por resoluções. De todo modo, conclui-se desde logo que somente será imprescindível a homologação judicial do acordo de não persecução cível quando este for celebrado no curso de ação judicial de improbidade administrativa. Nesta hipótese (questão já judicializada), apenas será necessário que a proposta de acordo seja homologada pelo órgão de revisão ministerial caso exista norma nesse sentido na respectiva resolução de regência; caso não exista, em regra basta o controle pelo Juízo (veja-se que normalmente o controle pelo órgão de revisão do Ministério Público apenas ocorre nas hipóteses em que não existe controle judicial, como no arquivamento do inquérito civil, sendo a "dupla chancela" algo anômalo no sistema).

Se na resolução do respectivo Ministério Público existir previsão de que o ANPC celebrado no curso de ação de improbidade antes de ser submetido ao magistrado deve passar pelo crivo do Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão, deve-se adotar a seguinte sistemática: uma vez assinado o ajuste, as partes devem celebrar negócio processual para que o processo seja suspenso por prazo razoável para que o acordo de não persecução cível seja encaminhado ao órgão de revisão (por meio da instauração de procedimento administrativo).

Complementando a análise, após os vetos, tendo o ANPC sido celebrado no âmbito do inquérito civil, basta que o acordo seja homologado pelo órgão de revisão ministerial para que seja eficaz (assim como ocorre com o termo de ajustamento de conduta), uma vez que nessa situação não há previsão legal de que o magistrado competente também deva chancelar o negócio jurídico.[6]

De todo modo, nada impede que o Ministério Público também submeta o acordo à homologação do juiz para que ele passe a ter natureza de título executivo judicial. Neste caso, havendo descumprimento do ajuste, será iniciado o cumprimento de sentença, em que as matérias apresentáveis como

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 Como se verá adiante, neste caso recomenda-se que o documento seja assinado por duas testemunhas.

defesa em eventual impugnação são apenas aquelas do rol do art. 525 do CPC/15.

Superada essa temática, passamos a estudar a segunda mensagem de veto.

5. Acordo de não continuidade da persecução cível

A Presidência da República reservou uma mensagem de veto especificamente direcionada ao §2º do art. 17-A da LIA (inserido pelo Pacote Anticrime). O vetado dispositivo tinha a seguinte dicção: “o acordo também poderá ser celebrado no curso da ação de improbidade”.

Conforme as razões do veto:

> A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.

Discorda-se totalmente da justificativa: para além de se pautar em premissas equivocadas, esse veto em específico foi inócuo, pois, como será demostrado, os artigos sobre o acordo que foram mantidos na Lei de Improbidade Administrativa ainda permitem que o negócio jurídico também seja celebrado na fase judicial, e não somente na fase de investigação como sugere as razões do veto.

É sim razoável admitir que esse acordo também seja celebrado em questões de improbidade administrativa já judicializadas (faz-se aqui apenas uma ressalva com relação à nomenclatura, pois, em verdade, se estará diante de um “acordo de não continuidade da persecução cível”).

Ora, um acordo firmado no curso de uma ação judicial de improbidade pode sim garantir o interesse público, mormente quando garante a tempestiva reparação do prejuízo ao erário e a pronta aplicação de sanção ao agente ímprobo – que poderia se beneficiar da natural demora do processo judicial.

Outrossim, muitas vezes o agente ímprobo pode ter novos incentivos

para celebrar o acordo quando já foi alvo de processo (por exemplo, podem ter sido proferidas decisões que lhe são desfavoráveis). Embora o demandado certamente realize uma análise de "custo-benefício" para celebrar o ANPC, isso é inerente a qualquer negociação, tanto no âmbito de um processo, quanto nas atividades econômicas, de modo que esse fator – por si só – não é suficiente para justificar que o acordo só possa ser feito quando da investigação (inquérito civil).

Ademais, como já adiantamos, este veto também é inócuo, pois os dispositivos inseridos pelo PAC que foram mantidos na Lei de Improbidade também admitem que o negócio jurídico seja feito no bojo de um processo judicial.

O mantido art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, prevê que: "as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei". Ora, se a lei fala em "ações", não deixa de fazer referência a processos em curso.

Afastando qualquer dúvida acerca da possibilidade de realização do acordo não somente nas fases de investigação, o também mantido parágrafo 10-A do art. 17, reza que: "havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias". Trata-se de um negócio processual típico, em que as partes acordam sobre a suspensão do processo para realizarem as tratativas do ANPC.

O art. 17, 10-A, da LIA é claro ao admitir que o acordo de não persecução/ não continuidade da persecução pode ser celebrado dentro do prazo para o requerido oferecer contestação. Estando-se na fase de contestação, obviamente já foi encerrada a investigação: a ação de improbidade já foi ajuizada, já passou pela fase de defesa preliminar (art. 17, §7), a inicial já foi recebida (art. 17, §9.) e a relação jurídica processual já está angularizada.

Ou seja, o art. 17, 10-A, por si só, torna inócua a motivação dos vetos, pois é evidente que o acordo examinado não está restrito a ser realizado no momento investigativo.

E vamos mais além: o art. 17, §1º, ao falar em "ações", sem delimitar um momento processual específico, admite a realização do ANPC em qualquer momento do processo de conhecimento, inclusive em grau recursal. A esse fundamento somamos o art. 139, V, do CPC/15, segundo o qual incumbe ao juiz promover a qualquer tempo a autocomposição.[7]

Deste modo, não vislumbramos óbice à realização da audiência de conciliação do art. 334 do CPC/15 nas ações de improbidade em que a solução

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 Nesse sentido: BRASILEIRO, Renato de Lima. Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 345.

negociada seja, *a priori*, possível. Fazemos apenas a ressalva de que, diante do direito material em jogo, é prudente que o juiz responsável pelo caso participe presencialmente do ato, não sendo recomendável a delegação da condução da audiência conciliatória a auxiliares.

6. O que acontece se o agente público aceita a proposta de não persecução cível e o particular coautor recusa?

Um particular pode praticar um ato de improbidade administrativa, mas deve estar coadjuvado por um agente público.[8]

Em razão disso, entende-se que o agente privado não pode responder sozinho a uma ação de improbidade administrativa – sempre deve estar em litisconsórcio passivo com um agente público.

No entanto, a figura do acordo de não persecução cível traz novos temperos ao tema. Imagine-se a situação em que há um agente público e um particular envolvidos na prática ímproba. Na seara extrajudicial o Ministério Público propõe o acordo de não persecução cível a ambos, sendo que o agente público o aceita e o particular o rejeita expressamente. Em um caso como esse, qual deve ser o próximo encaminhamento a ser adotado pelo *Parquet*?

Em uma situação como essa, pelo princípio da isonomia, o agente público que aceitou colaborar não pode ser prejudicado pela recusa da parte privada.

Neste caso, o Ministério Público deve celebrar o ANPC apenas com o ator público. Já contra o particular deverá ser ajuizada a ação de improbidade, sendo esta hipótese absolutamente excepcional – mas possível – em que um sujeito privado responderá sozinho à ação de improbidade administrativa.

Em que pese essa situação excepcione a regra de que sempre deve haver um agente público como demandado nessas ações, do ponto de vista da pretensão de direito material essa premissa permanece inalterada – houve apenas a aplicação de sanção antecipada ao agente público.

7. Regime de execução do acordo de não persecução cível

O pacote anticrime é omisso em relação ao regime de execução em caso de descumprimento do acordo de não persecução cível.

Tal problema não ocorria na figura antecessora, o termo de ajustamento de conduta em atos de improbidade, previsto em resoluções do Ministério

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. Improbidade administrativa. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 357.

Público. O TAC celebrado extrajudicialmente, na investigação, é um título executivo extrajudicial (art. 5, §6º, da Lei da Ação Civil Pública). Caso o legitimado coletivo submeta esse TAC à homologação judicial, ou se ele for celebrado em um processo já em curso, terá eficácia de título executivo judicial (o que reduz as matérias alegáveis em eventual impugnação).

No entanto, em que pese se entenda que o acordo de não persecução cível se inspirou na figura do TAC em atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo, é certo que a LIA, com a redação dada pelo Pacote Anticrime, não conferiu expressamente natureza de título executivo ao ANPC. Acredita-se que com o tempo a jurisprudência realizará essa equiparação; no entanto, por cautela, neste momento recomenda-se que o legitimado, ao firmar o acordo extrajudicialmente, garanta a assinatura de duas testemunhas, formando um título executivo extrajudicial com respaldo no art. 784, III, do CPC/15. Caso este expediente não seja feito, corre-se o risco de que se alegue (fazendo-se um paralelo, a nosso ver equivocado, com o descumprimento do acordo de não persecução penal[9]) que o descumprimento do acordo deve resultar no ajuizamento de ação de improbidade, com o início de extensa e morosa ação de conhecimento, com irremediável atraso à tutela da probidade pública.

Ademais, o acordo de não persecução cível celebrado extrajudicialmente, com ou sem testemunhas, mesmo com o veto ao §5º do art. 17-A, continua podendo ser submetido à homologação do juiz competente (não há nenhuma vedação a que isso seja feito), situação em que será transformado em título executivo judicial (mesma natureza do acordo de não continuidade da persecução cível).

8. Conclusão

A criação da figura do acordo de não persecução cível consolida a forma de atuação resolutiva do Ministério Público também no âmbito da tutela do patrimônio público. Trata-se de forma célere de recuperação de valores desviado ao erário, garantindo também o tempestivo sancionamento das condutas.

No entanto, a disciplina atual da figura nos termos que constam na Lei n.º 8.429/92, especialmente após os vetos presidenciais, gera algumas dúvidas em relação a figura, o que será contornado pela jurisprudência e pelas resoluções do Ministério Público (ao longo do texto buscamos fornecer algumas sugestões para a operacionalização desse acordo).

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 O descumprimento do ANPP resulta no oferecimento de denúncia (art. 28-A, § 10, do Código Penal).

9. Referências bibliográficas

BRASILEIRO, Renato de Lima. Pacote Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Jus Podivm, 2020.

CAMBI, Eduardo; SMIRNE DINIZ, Cláudio. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. Disponível em:
file:///C:/Users/MPPR/Downloads/Possibilidades%20de%20soluc%CC%A7a%CC%83o%20extrajudicial%20de%20conflitos%20na%20a%CC%81rea%20da%20protec%CC%A7a%CC%83o%20ao%20patrimo%CC%82nio%20pu%CC%81blico%20e%20da%20tutela%20da%20probidade%20administrativa%20(3).pdf

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. Improbidade administrativa. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais. v. 16, n. 45. São Paulo, 2011.

QUESTÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL

Sandro Carvalho Lobato de Carvalho[1]

SUMÁRIO

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Promotor de Justiça no Ministério Público do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público – GNMP. Membro da Associação dos Promotores do Júri - Confraria do Júri.

RESUMO

A Lei nº 13.964/2019 introduziu no Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução Penal como mais um instrumento de Justiça Penal Negociada no direito processual penal brasileiro. Por ser um instituto novo previsto na lei, normal que suscite dúvidas em sua aplicação. Doutrina e jurisprudência tentam se adaptar ao novo e dirimir algumas questões que geram controvérsias na aplicação do ANPP. No texto, por meio de perguntas e respostas, procurou-se esclarecer algumas questões práticas que surgem na atuação ministerial e sugerir algumas maneiras de atuação quando da execução do acordo perante o Juízo da Execução Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal; Questões; Execução Penal.

1. Introdução

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) teve sua origem no art.18 da Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (posteriormente alterada pela Resolução nº 183/2018).

A Lei nº 13.964/2019 (conhecida por "Pacote Anticrime") inseriu o acordo de não persecução penal no art.28-A, do Código de Processo Penal.

Por ser um instituto relativamente novo e com alguns questionamentos sobre sua aplicação chegando aos Tribunais somente com a sua previsão no Código de Processo Penal, doutrina e jurisprudência ainda são cambaleantes em diversos aspectos. Até mesmo entre os Ministérios Públicos do Brasil há alguma divergência quanto aos procedimentos para sua utilização.

No presente ensaio, sem pretensão de esgotar o vasto e novo tema, vamos nos ater apenas a algumas questões sobre o acordo de não persecução penal no Juízo de Execução Penal.

2. Conceito e objetivos do Acordo de Não Persecução Penal

O acordo de não persecução penal (ANPP) é um negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o investigado (devidamente assistido por advogado/defensor), notadamente na fase de investigação de um ilícito penal, necessariamente homologado judicialmente,

onde o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso investigado, aceitando voluntariamente a cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e pugnar pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido.

O acordo de não persecução penal foi criado em vista da necessidade de se buscar soluções céleres e efetivas referentes a crimes de baixa e média gravidade, visando ser um mecanismo de solução consensual no âmbito criminal e voltado a fixação de uma política criminal realizada pelo Ministério Público.

Nesse aspecto, diz SOUZA (2020, p.122):

> "À natureza negocial pré-processual, soma-se a vocação programática do instituto, voltado para a fixação de um programa de política criminal pautado em critérios decisórios bem ordenados e que procura enfrentar o inchaço do poder judiciário e o aumento da criminalidade com racionalidade, em vistas à realidade social".

Não se pode perder de vista que o acordo de não persecução penal tem por objetivo, ainda, evitar a ação penal (evitar as *misérias do processo penal*), sendo um instituto claramente despenalizante.

O ANPP também procura prestigiar um pouco mais a vítima no processo penal brasileiro, prevendo como condição, de forma prioritária, a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima (art.28-A,I, do CPP) e a sua intimação quando da homologação do ANPP e de seu descumprimento (art.28-A,§9º, do CPP).

3. Os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal e sua homologação

Os requisitos legais para o ANPP são cumulativos e previstos, mesmo implicitamente, no caput do art.28-A, do CPP. São eles: a) existência de procedimento investigatório; b) não ser caso de arquivamento dos autos; c) infração penal sem violência ou grave ameaça; d) pena inferior a 4 (quatro) anos; e) confissão formal e circunstanciada do investigado; f) ser o acordo suficiente e necessário para a repressão e prevenção do crime.

Além desses, é necessário observar que a Lei já dispõe quando não é cabível o acordo de não persecução penal (art.28-A,§2º, do CPP), a saber: a) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; b) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Presentes os requisitos legais, entendendo o Ministério Público que o acordo de não persecução penal é necessário e suficiente para a repressão e prevenção do crime, será o ANPP proposto ao investigado que, acompanhado de defensor, analisará se aceita ou não celebrar o acordo levando em consideração as condições ajustadas (art.28-A, incisos I a V, do CPP).

Sendo o acordo de não persecução penal celebrado, será o ANPP submetido a homologação judicial (art.28-A,§4º, do CPP) e, em sendo homologado o acordo (pelo Juiz das Garantias – art.3º-B, inciso XVII, do CPP[2]), o ANPP será executado perante o Juízo de Execução Penal (art.28-A,§6º, do CPP).

A opção do legislador em deixar a cargo do Juízo de Execução Penal a fiscalização do acordo de não persecução penal é fortemente criticada pela doutrina (CUNHA, 2020), posto que o ANPP não impõe pena, mas tão somente condições voluntariamente ajustadas entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado de seu defensor, onde, de forma consciente e voluntária, o investigado aceita cumprir tais condições. Logo, não haveria motivos para essas condições ajustadas serem objeto de fiscalização do Juízo da Execução Penal.

Contudo, a opção legislativa está vigente e entendemos que o legislador

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 No presente momento, o art.3º-B, do CPP está com a eficácia suspensa por decisão, liminar, do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, nos autos das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305., ou seja, por enquanto, devido a esta decisão, está suspensa a implementação do Juiz das Garantias no Processo Penal Brasileiro. Assim, enquanto não se resolver a questão no STF, Entende-se que o Juiz competente para a homologação do ANPP é o juiz natural que seria o competente para analisar a eventual denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público.

optou pelo Juízo da Execução por este, supostamente, já estar acostumado e preparado para a fiscalização das penas restritivas de direitos e como algumas das condições do ANPP são semelhantes àquelas penas restritivas, seria melhor aproveitar a "estrutura" do Juízo da Execução Penal para a fiscalização.

A homologação do acordo de não persecução penal e sua execução perante o Juízo de Execução Penal podem suscitar algumas dúvidas práticas, inclusive na hipótese de descumprimento, e sobre elas teceremos alguns comentários.

4. Quais os efeitos da homologação judicial do ANPP?

Se na audiência do art.28-A,§4º, do CPP, o juiz homologar o acordo, o juiz, pela lei, *devolverá os autos para o Ministério Público para que inicie a execução do acordo perante o Juízo da Execução* (§6º, do art.28-A, do CPP) e intimará a vítima da homologação do acordo (§9º, do art.28-A, do CPP).

Com a homologação do ANPP, fica o prazo prescricional suspenso (art.116,IV, do Código Penal). Cremos que seja importante que o juiz despache no sentido de suspender o prazo prescricional, tal como ocorre na hipótese do art.366 do CPP. A providência, ainda que formalmente não necessária, já que a suspensão do prazo, entendemos, seja automática e decorrente da decisão de homologação do acordo, é válida para deixar claro e consignada nos autos a data a partir da qual o prazo foi suspenso.

Um ponto a ser observado pelo Ministério Público é a disposição do art.28-A,§6º, do CPP. Segundo esse dispositivo, uma vez homologado o acordo, o juiz devolveria os autos ao Ministério Público para que se inicie a execução perante o Juízo da Execução Penal.

Em atenção aos princípios da economia, celeridade e eficiência, temos que é recomendável que o Ministério Público já no corpo da petição do requerimento de homologação do ANPP direcionado ao juiz, já solicite que, uma vez homologado o ANPP, seja o termo de acordo encaminhado pelo juízo homologador ao Juízo da Execução Penal para cadastramento no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) para o início da execução do acordo.

Ou seja, o juiz da homologação (Juiz das Garantias – art.3º-B, XVII, do CPP) não *devolveria os autos ao Ministério Público* (§6º, do art.28-A, do CPP), mas sim já remeteria o termo do ANPP para o Juízo da Execução Penal.

Essa providência é importante já que economiza tempo, primando-se pela celeridade para o início do cumprimento do acordo.

Essa providência é aceita por CABRAL (2020, p.175):

> "Desse modo, a nosso sentir, a melhor interpretação do §6º, do art.28-A, CPP, é no seguinte sentido: (i) homologado o acordo de não persecução, o Ministério Público pedirá, ao juiz que o homologou, a remessa dos autos à Vara de Execuções para que seja dado início à fase de cumprimento do acordo; (ii) o juiz que homologou o acordo, por simples despacho de impulso oficial, remeterá a integralidade do feito à VEP, com as devidas baixas na origem".

Advirta-se, apenas quanto a doutrina acima, não se concordar com a parte final em que afirma que será remetido a integralidade do feito, com a baixa na origem. Abaixo, explicaremos que o entendimento mais adequado é a de permanência dos autos originais na Secretaria da Vara de origem (futuramente o Juiz das Garantias) e a remessa apenas do termo de ANPP e da decisão para a Vara de Execução Penal.

Quanto a intimação da vítima da decisão de homologação do acordo (§9º, do art.28-A, do CPP) é matéria de competência do Juízo que homologou o ANPP, ou seja, deve o Poder Judiciário realizar a intimação da vítima avisando que o ANPP firmado entre Ministério Público e investigado foi homologado. Em respeito à vítima do crime, temos que para uma informação mais completa, a intimação da vítima deve ser acompanhada da cópia da decisão homologatória e do termo de acordo de não persecução penal.

5. Qual órgão é o responsável pela execução/fiscalização do ANPP?

O §6º do art.28-A, do CPP indica que a execução se dará perante o Juízo da Execução. Além disso, os incisos III e IV do *caput* do art.28-A, do CPP, deixam evidente que é o Juízo da Execução que indicará os locais para o cumprimento da prestação de serviço e/ou para receber a prestação pecuniária.

Como já dito, apesar do ANPP não impor penas, o legislador optou por

deixar a cargo do Juízo da Execução a competência para executar/fiscalizar o ANPP e isso deve ter ocorrido possivelmente pelo fato do legislador entender que o Juízo da Execução já estaria acostumado e preparado para a fiscalização das penas restritivas de direitos e como algumas das condições do ANPP são semelhantes aquelas penas restritivas, seria melhor aproveitar a “estrutura” do Juízo da Execução Penal para a fiscalização.

No que diz respeito ao Ministério Público, o órgão que tem atribuição para fiscalizar e acompanhar a execução do ANPP é aquele que atua perante a Execução Penal, posto ser ele um órgão da execução penal (art.61,III, da Lei de Execução Penal).

Reitera-se que é recomendável que o Ministério Público já na petição que requer a homologação do ANPP, solicite ao juiz que, homologado o acordo, remeta de imediato o termo de acordo para o Juízo da Execução Penal, sem a necessidade da fase prevista no §6 do art.28-A, do CPP.

6. Quais documentos devem ser remetidos ao Juízo da Execução Penal para execução/fiscalização do ANPP?

O art,28-A, do CPP não deixa claro quais documentos devem ser encaminhados para o Juízo da Execução Penal para o início da execução.

O art.106 da Lei de Execução Penal dispõe dos documentos que são imprescindíveis para a execução penal e que deve acompanhar a guia de execução.

Analisando o disposto no artigo da Lei de Execução citado, nota-se que não são remetidos ao Juízo da Execução todo o processo de conhecimento, mas sim, alguns documentos e informações importantes para a adequada execução da pena.

Veja-se. Para a execução da pena privativa de liberdade, não há necessidade, por lei, de se remeter todo o processo de conhecimento. Basta algumas peças.

Dito isso, acreditamos que apenas as cópias do termo de acordo de não persecução penal, a ata de audiência de homologação e a decisão homologatória do ANPP é que precisam ser encaminhadas ao Juízo da Execução para o início da execução do acordo.

Por analogia, também podemos utilizar o que ocorre na execução das penas restritivas de direito, segundo a Lei de Execução Penal (art.147), ou seja, o Juízo do Processo expedirá uma "guia de execução" com algumas peças que, no caso do ANPP, seriam as acima nominadas.

Tratando da execução de pena restritiva de direitos, mas plenamente adaptável ao ANPP, leciona SILVA (2020, p.376):

> "Para dar início à execução da pena privativa de liberdade e da medida de segurança é expedida guia de recolhimento ou internação, respectivamente. Não há previsão na lei de expedição de documento com essa finalidade para a execução da pena restritiva de direitos. Contudo, ele não pode deixar de existir e pode ser instruído com as peças processuais e documentos necessários para a aludida execução, que nada impede serem similares aos que instruem a guia de recolhimento (art.106 da LEP)".

Não há nada que justifique a remessa de todo o procedimento investigatório para o Juízo da Execução Penal. O Juízo da Execução Penal não precisa desses autos completos. Ele apenas é um Juízo de acompanhamento e fiscalização das condições ajustadas no acordo. Basta a ele o acesso do termo do ANPP e a decisão homologatória do acordo.

Não há um deslocamento de competência funcional para o Juízo da Execução. Tão somente a expedição de uma "guia de execução" para que o Juízo da Execução fiscalize a execução do acordo. A competência continua a ser do juízo que homologou o ANPP para extinguir a punibilidade pelo cumprimento do acordo e também para a rescisão do acordo em caso de descumprimento, assim como para receber a denúncia ofertada após a rescisão do acordo.

A remessa dos autos da investigação completa e original para o Juízo da Execução causa várias dificuldades práticas.

Uma delas é que teria que os autos originais da investigação deixariam o Juízo de Conhecimento para irem ao Juízo de Execução, arquivando-se no sistema do Juízo homologador. Mas se o acordo fosse descumprido, novamente os autos retornariam ao Juízo homologador que teria que "desarquivar" ou

"proceder com nova numeração" (?) daqueles autos remetidos pelo Juízo da Execução.

A remessa de toda a investigação ao Juízo da Execução ainda atrapalharia a análise dos autos naquele juízo, recordando-se que os Juízos de Execução Penal estão em sua grande maioria virtualizados (SEEU), dando um trabalho desnecessário aos operadores da Execução Penal, quando bastaria a análise do termo de ANPP e da decisão homologatória.

Ao nosso sentir, o ideal é que apenas as cópias do termo de acordo de não persecução penal, a ata de audiência de homologação e a decisão homologatória do ANPP sejam encaminhadas ao Juízo da Execução Penal.

Inclusive o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) já está adaptado a receber o ANPP, tendo um campo específico para o cadastro do acordo.

Veja no caso de mais de um investigado. Como seria quando forem mais de um investigado, onde um seria beneficiado com o ANPP e o outro não? Ou seja, quando for oferecida a denúncia contra um e o ANPP ao outro investigado? Nesta hipótese, parece claro que o procedimento original acompanhará a denúncia e cópias dos documentos relacionados ao ANPP devem ser enviados para a Vara de Execução Penal. O mesmo pode ser pensado quando se trata de dois crimes, onde um será objeto de ANPP e outro de denúncia.

Outra ideia é colocada por MESSIAS (2020, p.75), que também entende desnecessária a remessa dos autos originais para o Juízo da Execução, e propõe a formação de autos apensos apenas com os expedientes relacionados ao ANPP que seriam enviados ao Juízo da Execução. Veja:

> "Após a audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público requererá ao juízo (1) a formação de autos apensos, contendo os expedientes negociais recém-praticados, e a (2) homologação da avença.
>
> A formação de autos apensos também será útil durante a fiscalização ("execução") do acordo, evitando que o juízo das medidas alternativas ("execução penal") receba, desnecessariamente, o inquérito policial ou o procedimento investigató-

rio criminal”.

7. E os autos da investigação criminal, como ficam em caso de homologação do ANPP?

Como dito há pouco, somos do entendimento que apenas as cópias do termo de acordo de não persecução penal, a ata de audiência de homologação e a decisão homologatória do ANPP sejam encaminhadas ao Juízo da Execução Penal.

Então surge a dúvida: e os autos da investigação?

Temos que a melhor interpretação é a que os autos da investigação criminal, quando se trata de apenas um investigado e um crime, permaneçam na secretaria judicial da vara do Juízo que homologou o acordo, aguardando o cumprimento do ANPP ou a rescisão dele.

Com a homologação do ANPP, não apenas o prazo prescricional está suspenso (art.116,IV, do CPP), mas também a própria persecução penal que aguarda o cumprimento do acordo firmado entre o Ministério Público e o investigado. Devendo, portanto, os autos permanecerem na secretaria (cartório) da vara do Juízo homologador.

Então, os autos da investigação devem permanecer na secretaria de vara e, em caso de cumprimento do ANPP, proferida a sentença de extinção de punibilidade, deve ela ser juntada nos autos que, na sequência, será arquivado. Descumprido o ANPP, rescindido o acordo, a decisão deve ser juntada aos autos da investigação e o Juízo deve remeter ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia.

8. Corre o prazo prescricional durante o tempo de cumprimento do ANPP?

Por expressa disposição legal, o prazo prescricional não corre enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (art.116,IV, do Código Penal). Então, uma vez firmado o acordo e homologado pelo Juízo, o prazo prescricional é suspenso.

Contudo, essa disposição somente é aplicável para aqueles crimes perpetrados após da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, ou seja, dia 23/01/2020.

Pode ocorrer do crime ter sido praticado antes do dia 23/01/2020, mas ser objeto de acordo de não persecução penal. Neste caso, a prescrição seria suspensa, com base no art.116,IV, do Código Penal?

Nesta hipótese, entendemos não ser aplicável o art.116,IV, do Código Penal, já que mais gravoso ao investigado (afinal, impede que o prazo prescricional flua), sendo, portanto, irretroativo (art.5º,XL, da Constituição Federal).

Ou seja, se firmado acordo de não persecução penal em um crime perpetrado em data anterior a vigência da Lei nº 13.964/2019, a prescrição correrá normalmente durante o cumprimento do acordo.

Então, o Ministério Público deve ficar atento a essa questão, observando se, em crimes anteriores a Lei nº 13.964/2019, o tempo de cumprimento do ANPP não será alcançado pela prescrição. Verificando que isso pode acontecer, deve o Ministério Público recusar o acordo, fundamentando seu posicionamento justamente no fato de eventual ANNP não ser suficiente para a prevenção e repressão do crime, posto que prescreverá, e oferecer a denúncia, que interromperá o prazo prescricional com o recebimento pelo Juízo (art.117,I, do Código Penal).

9. A celebração do ANPP constará na certidão de antecedentes do investigado?

Não. O §12, do art.28-A, do CPP expressamente dispõe que nem a celebração e nem o cumprimento do acordo de não persecução penal constarão na certidão de antecedentes criminais do investigado.

A lei apenas faz a ressalva para a informação para o próprio Poder Judiciário e para o Ministério Público, ou seja, é necessário saber se o investigado já foi beneficiado anteriormente com o ANPP (ou transação penal ou sursis processual) em vista da vedação do inciso III, do §2º, do art.28-A, do CPP.

10. No caso de cumprimento do ANPP, qual a consequência?

Se o investigado cumprir integralmente o acordo de não persecução penal, terá extinta a sua punibilidade (§13, do art.28-A, do CPP.), sendo os autos da investigação (ou processo, se já em andamento) arquivados.

11. Qual o Juízo competente para declarar extinta a punibilidade do ANPP em caso de cumprimento integral do acordo? E para rescindir o ANPP em caso de descumprimento?

Em que pese alguns doutrinadores[3] entenderem que o Juízo da Execução é o competente para decretar a extinção da punibilidade em caso de cumprimento integral do acordo de não persecução penal e também o competente para, a pedido do Ministério Público, rescindir o ANPP por descumprimento de suas condições, não nos parece o melhor entendimento.

A posição mais adequada é considerar o Juízo que homologou o ANPP (o Juiz das Garantias - art.3º-B,XVII, do CPP, caso considerado constitucional) como o competente tanto para a decretação da extinção da punibilidade pelo cumprimento quanto para rescindir o acordo devido ao descumprimento (art.3º-B, XVIII, do CPP).

Diz LIMA (2020, p.286/287):

> “Conquanto a execução do acordo seja feita perante o juízo da execução penal – art. 28-A,§6º, in fine, do CPP –, a rescisão do acordo é da competência do juízo competente para a homologação.
>
> [...]
>
> Cumprido integralmente o acordo, dispõe o art. 28-A, §13, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19, que o juízo competente deverá decretar a extinção da punibilidade. Conquanto a fiscalização das condições pactuadas deva ser feita perante o juízo da execução penal (CPP, art.28-A, §6º), não é este o juízo competente para declarar a extinção da punibilidade. Na verdade, tal competência recai sobre o mesmo juízo responsável pela homologação do acordo”.

3 CUNHA (2020, p.138/139). CABRAL (2020, p.180/181).

Nesse sentido, o **Enunciado nº 28 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) sobre o assunto:**

> "Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal".

Para nós, irretocável a lição de ALVES, ARAÚJO e ARRUDA (2020, p.119/120):

> "Acrescente-se que o juízo de execução praticamente não atuará durante a fiscalização do acordo, nem mesmo quando houver o seu cumprimento integral, não proferindo quase nenhuma decisão relevante durante todo esse período. É que, descumpridas as condições estipuladas no pacto, este juízo de execução informará ao Ministério Público, o qual, por sua vez, comunicará ao juiz da fase de conhecimento (responsável pela prolação da sentença homologatória) para fins de sua rescisão (com observância da ampla defesa e do contraditório) e posterior oferecimento de denúncia. É procedimento semelhante àquele acolhido na rescisão do acordo de colaboração premiada, conforme posicionamento do STF (PET nº 7.074/DF). A decisão de extinção de punibilidade pelo cumprimento do acordo de não persecução penal também cabe ao juiz de conhecimento (e não de execução penal), aplicando-se analogicamente o entendimento do STF (RE 795.567/PR) quanto à extinção da punibilidade em decorrência do cumprimento do acordo de suspensão condicional do processo (art.89,§5º, da Lei nº. 9.099/95)".

Na prática, teríamos o seguinte: constatada pelo Ministério Público atuante na Execução Penal o descumprimento das condições do ANPP, este órgão da execução penal, solicitaria ao Juízo da Execução a designação de audiência de justificação para que o investigado explicasse o motivo do não cumprimento (obediência ao contraditório e ampla defesa). Não comparecendo o investigado ou não sendo sua justificativa válida, o Ministério Público da Execução solicitaria ao Juízo da Execução que informasse ao Ministério Público que ofereceu o ANPP sobre o descumprimento, findando, a partir de então, a competência do Juízo da Execução. O Ministério Público que subscreveu o acordo, ciente do descumprimento do ANPP, peticionaria ao Juiz que homologou o acordo (futuramente o Juiz das Garantias) para que ele rescinda o ANPP, comunique a vítima (§9º, do art.28-A, do CPP) e devolva os autos da investigação para que o Ministério Público ofereça a denúncia (§10, do art.28-A, do CPP).

Semelhante procedimento seria o adotado quando o investigado cumprisse integralmente o ANPP: tendo o Ministério Público atuante na Execução Penal verificado o cumprimento integral do ANPP, solicitaria ao Juízo da Execução que comunicasse ao Juízo que homologou o acordo (futuramente o Juiz das Garantias) e este abriria vista ao Ministério Público subscritor do acordo e, em seguida, o Juiz decretaria a extinção da punibilidade do investigado, determinando, na sequência, o arquivamento dos autos da investigação (ou processo, se em andamento).

Bom recordar que, neste trabalho, foi defendido que os autos da investigação permaneçam na Secretaria do Juízo que homologou o ANPP, aguardando ou o cumprimento ou seu descumprimento. Assim, uma vez comunicado pelo Juízo da Execução o cumprimento ou pelo Ministério Público o descumprimento, o Juiz homologador (possivelmente o Juiz das Garantias), nos autos da investigação, decretaria a extinção da punibilidade ou rescindiria o ANPP e, neste último caso, determinaria a intimação da vítima (§9º, do art.28-A, do CPP).

Semelhante posicionamento tem de MESSIAS (2020, p.100/101):

> “A nosso ver, a competência para a decretação da extinção da punibilidade é do juiz das garantias, e não do juiz da vara de medidas alternativas (“execução penal”).
>
> [...]

> Lado outro, descumpridas injustificadamente quaisquer das condições estipuladas no acordo, o juízo das medidas alternativas certificará o seu descumprimento. Em poder de tal certificação, o membro do Ministério Público deverá requerer o retorno dos autos ao juiz das garantias, para que este, nos termos do artigo 28-A, §§9º e 10, do CPP, determine (1) a rescisão do acordo que outrora homologou, (2) a intimação à vítima acerca do descumprimento da avença e (3) a remessa dos autos ao Parquet, para promoção da ação penal pública. [...]
>
> Entendemos que a competência para a rescisão do acordo é do juiz das garantias, e não do juiz da vara de medidas alternativas ("execução penal"), pois este magistrado não possui competência para desfazer o acordo que aquele juiz validamente homologou. Como dito alhures, pensamos que o objetivo da Lei Anticrime foi apenas emprestar à fiscalização das condições livremente assumidas a estrutura cartorária das varas de medidas alternativas ("execução penal")".

12. Qual providência o Juízo da Execução deve tomar ao receber o ANPP para a execução?

Recebido o termo de ANPP e a decisão homologatória, o Juízo da Execução deve marcar audiência para indicar ao investigado o local de cumprimento da medida de prestação de serviços à comunidade e a entidade beneficiada pela prestação pecuniária (art.28-A, incisos III e IV, do CPP), bem como para esclarecer a forma de comprovação das demais condições impostas.

13. Descumprido o ANPP, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, pode deixar de oferecer a suspensão condicional do processo?

Sim, de acordo com o §11 do art.28-A, do CPP *o descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo,* ou seja, novamente a lei deixa a cargo da

discricionariedade regrada do Ministério Público a decisão de oferecer ou não a suspensão condicional do processo para aquele que, beneficiado inicialmente com o ANPP, o descumpriu.

Comentando sobre o dispositivo mencionado, pontua LIMA (2020, p.287):

> "Para além do possível oferecimento de denúncia, o Código de Processo Penal (art. 28-A,§11) também prevê que o descumprimento do acordo poderá ser utilizado pelo órgão ministerial como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo. A justificativa para esse dispositivo é evidente: se o investigado não demonstrou autodisciplina e senso de responsabilidade para o cumprimento das condições avençadas por ocasião da celebração do acordo de não-persecução penal, é bem provável que terá idêntico comportamento se acaso lhe for oferecida a proposta de suspensão condicional do processo, até mesmo pelo fato de as condições pactuadas serem bastante semelhantes em ambos os institutos".

Muitos são os casos em que o crime permitirá ANPP e suspensão condicional do processo (ex. art.155 do Código Penal). Em outros, permitirá apenas o ANPP (ex. art.155,§4º, do Código Penal) e em poucos outros, apenas a suspensão condicional do processo (ex. Art.129,§1º, do Código Penal).

Então, nos casos em que, em tese, cabe ANPP e suspensão condicional do processo, a princípio, temos que o ANPP é mais favorável ao investigado, posto que o acordo impede o ajuizamento da ação penal, enquanto a suspensão condicional do processo pressupõe ação penal ajuizada e recebida pelo Poder Judiciário, fato este que deverá reduzir a quantidade de processos com a suspensão condicional do processo.

Assim, descumprido o acordo de não persecução, o Ministério Público, analisando o caso concreto, pode deixar de oferecer o sursis processual.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná decidiu ainda quando o

ANPP estava previsto apenas na Resolução nº 181/2017 do CNMP:

> APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306, §1 , INCISO II, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONDENAÇÃO. PLEITO DE DECRETAÇÃO DA NULIDADE PROCESSUAL ANTE A AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE DESCUMPRIU INTEGRALMENTE O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL. DEIXOU DE OFERECER PARQUET O BENEFÍCIO EM RAZÃO DO RÉU NÃO PREENCHER OS REQUISITOS SUBJETIVOS DO ARTIGO 89 DA LEI Nº. 9.099/09. RECURSO DESPROVIDO. (Ap.Crim. nº 0025480-66.2018.8.16.0021, 2ª Câm.Crim., Rel, Des. Laertes Ferreira Gomes, j.22/11/2019).

14. Descumprido o ANPP e rescindido judicialmente o acordo, como ficam as parcelas que já foram pagas da prestação pecuniária parcelada?

Uma vez descumprido o acordo e rescindido judicialmente o ANPP, o Ministério Público oferecerá denúncia, podendo utilizar a confissão feita no ANPP como reforço da justa causa e também poderá deixar de oferecer o sursis processual (§11, do art.28-A, do CPP), bem como a prescrição voltará a correr (art.116,IV, do Código Penal).

Segundo vimos, no inciso IV do art.28-A, do CPP consta como condição do ANPP o pagamento de prestação pecuniária, que pode ser inclusive parcelada.

Descumprido o ANPP, rescindido o acordo judicialmente, como ficam as parcelas já pagas?

As parcelas já pagas pelo investigado serão perdidas, não havendo devolução para o investigado. Por isso é importante deixar consignado no termo de acordo que, em caso de descabimento do ANPP pelo investigado, as prestações já pagas serão perdidas, ou seja, não será devolvida ao investigado.

A mesma lógica pode-se utilizar para a não devolução do valor pago à

vítima a título de reparação do dano ou quando restituída a coisa (inciso I, do art.28-A, do CPP) e também para a não devolução dos instrumentos, proveitos ou produto do crime (inciso II, do art.28-A, do CPP), sendo, importante, deixar isso consignado no termo do acordo.

15. Descumprido o ANPP e rescindido judicialmente o acordo, pode haver detração das condições parcialmente cumpridas na pena a ser imposta em eventual sentença condenatória?

O instituto da detração está previsto no art.42 do Código Penal: "*Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior*".

Logo, pela própria disciplina do art.42 do Código Penal, resta claro que a resposta a questão acima posta é negativa. Posto que as condições impostas no ANPP não são penas, mas ajustes voluntário assumidos pelo investigado, acompanhado pelo seu defensor.

Assim, rescindido o ANPP, oferecida a denúncia, processado regularmente o acusado, sobrevindo uma sentença penal condenatória, a parcela que foi cumprida do acordo de persecução penal não poderá ser *abatida* da pena, posto que, repita-se, as condições ajustadas em comum acordo entre Ministério Público, investigado e seu defensor, não são penas.

Leciona CUNHA (2020, p.139):

> "Não possuindo as condições fixadas na avença natureza de sanções penais, posto que são pactuadas e não impostas pelo Estado, se descumprido o ANPP, não há que se falar em posterior aplicação de detração. A perda do referido tempo é, pois, consequência natural do descumprimento, ônus da desídia e deslealdade do investigado",

Da mesma opinião é CABRAL (2020, p.183):

> "Veja-se que o cumprimento parcial da prestação de serviços à comunidade não poderá ser utiliza-

> do para eventual detratação de futura condenação. Isso porque, o compromisso assumido pelo investigado, como já dito aqui à saciedade, não é pena, não estando, portanto, preenchido o requisito legal para a detratação previsto no art.42, CP, devendo esse período de parcial cumprimento ser considerado como trabalho voluntário, sem direito, obviamente, a qualquer contraprestação financeira. Trata-se de consequência decorrente da violação do negócio jurídico celebrado pelo agente”.

16. Conclusões

Por ser instituto relativamente novo, dentro de uma mentalidade de Justiça - a Justiça Penal Consensual - ainda vista com alguma desconfiança para aqueles acostumados com o Processo Penal tradicional, o Acordo de Não Persecução Penal suscita algumas dúvidas em sua aplicação.

As questões apresentadas no texto são apenas algumas e as respostas são na verdade sugestões de atuação para uma melhor fiscalização e efetivação do acordo de não persecução penal, sem que prejudique o já grande trabalho do Juízo de Execução Penal.

Muitas outras controvérsias existem e talvez ainda existirão sobre a aplicação do ANPP.

O texto produzido neste trabalho é apenas uma pequena amostra das discussões jurídicas atuais com objetivo único de fomentar o debate.

17. Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque; ARRUDA, Karol. Pacote Anticrime Comentado, Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume único. 8 ed.

Salvador: JusPodivm, 2020.

MESSIAS, Mauro. Acordo de Não Persecução Penal: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SILVA, César Dario Mariano da. Comentários à Lei de Execução Penal. 3ªed. Curitiba: Juruá, 2020.

SOUZA, Renee do Ó (org.). Lei Anticrime: comentários à lei 13.964/2019. Belo Horizonte/São Paulo: D´Plácido, 2020.

Texto escrito em 12/08/2020.

A APLICABILIDADE DO ART. 310, § 2º, DO CPP

Tales Alves Paranahiba[1]

SUMÁRIO

RESUMO

O STF tem esposado a impossibilidade de decretar a prisão *ex lege*, de forma que a prisão cautelar deve ser devidamente fundamentada. Conquanto essa tese seja criticável, ao aplicador do direito resta acatá-la. Nesse escopo, a exegese e aplicabilidade do art. 310, § 2º, do CPP, deve coadunar-se com essa jurisprudência sedimentada do STF, que reverberou nos tribunais pátrios. Portanto, o art. 310, § 2º, do CPP, não pode ser invocado como único e abstrato fundamento para denegar a liberdade provisória nos casos em que especifica, sob pena de insubsistência da motivação. Lado outro, esse dispositivo legal deve servir como norma de reforço ou corroboração lastreada na perquirição do caso concreto, para análise da denegação da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

PALAVRAS-CHAVE: prisão *ex lege*; medidas cautelares; liberdade provisória; proporcionalidade; fundamentação.

1. Introdução

O mote da Lei 13.964/19 é combater com rigor a criminalidade que grassa em nossa sociedade, cujos índices são alarmantes; crimes hediondos, violentos e de colarinho branco abalam a República e estremecem os alicerces da democracia, mormente quando perpetrados sob o albergue de um estado paralelo, constituído de complexas e eficientes organizações criminosas.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Pós-graduado em direito público, ex-advogado criminal, ex-juiz de direito do TJCE, promotor de justiça do MPPR.

Com vistas a combater esse estado de impunidade que afeta a segurança pública e a probidade administrativa, a Lei 13.964/19 veio a lume, sob o epíteto de Pacote Anticrime. Nesse escopo, exsurge o art. 310, § 2º, do CPP: *Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.*

Seria esse parágrafo inconstitucional por incluir no CPP uma hipótese de prisão ou medida cautelar *ex lege*, e malferir os decantados princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente, conforme já decidido em caso análogo pelo STF, na ADI 3112/DF? É possível declarar a constitucionalidade desse parágrafo e harmonizá-lo com os princípios aventados pelo STF? Enfim, como aplicar esse novel dispositivo legal?

2. A prisão ex lege e o entendimento do STF

A questão atinente à prisão *ex lege* já foi dirimida pelo STF, quando analisou preceitos legais da Lei 10.826/03, cognominada de Estatuto do Desarmamento. Esse diploma legal, para além de objetivar o desarmamento da população, objetivou punir com mais rigor condutas atreladas a armas de fogo.

Nesse escopo, consignou a inafiançabilidade dos crimes de porte ilegal de arma de fogo, disparo de arma de fogo, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo (arts. 14, parágrafo único, 15, parágrafo único, e art. 21 da Lei 10.826/03).

A implicação legal da inafiançabilidade para esses delitos consistia em denegar a liberdade provisória ao preso em flagrante por ter praticado tais condutas típicas, devendo, por conseguinte, responder o processo penal mediante fixação de medida cautelar, diversa da fiança, obviamente, o que, na época, significava ficar preso, haja vista a inexistência de outras medidas cautelares diversas da prisão, surgidas somente com a Lei 12.403/11. Essa era a conclusão lógica do conceito de inafiançabilidade.

A própria Constituição Federal consignou hipóteses de crimes inafiançáveis, como o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo, os definidos como crimes hediondos, a prática do racismo, e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da CF), hipóteses replicadas no art. 323, I a III do CPP.

A Carta Magna não vedou a criação de outras hipóteses de crimes inafiançáveis, de forma que apenas trouxe um rol *numerus apertus* com vistas a enrijecer o combate a certos crimes, criando mandados de criminalização.

Contudo, esse entendimento não foi perfilhado pelo STF, visto que as-

sentou a inconstitucionalidade de prisão *ex lege*, por violar os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

Ao analisar a constitucionalidade da inafiançabilidade prevista no Estatuto do Desarmamento, o acórdão exarado na ADI 3112/DF recebeu a seguinte ementa:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. **AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA.**
>
> **[...]**
>
> **V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade**

> **judiciária competente.**
>
> [...]
>
> IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. (STF, ADI 3112/DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 02/05/2007, DJ 26/10/2007) *grifo nosso*

Posteriormente, ao analisar o art. 44 da Lei 11.343/06, que tão somente regulamentou o art. 5º, XLII, da CF, vedando a concessão de fiança e liberdade provisória aos presos em flagrante pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o STF declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 44 da Lei 11.343/06. Eis o teor da ementa:

> Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (STF, HC 104339/SP, Rel. Min Gilmar Mendes, j. 10/05/2012, DJe 05/12/2012)

Assim sendo, o STF depreendeu que a Constituição Federal vedou a concessão de fiança, contudo não impediu a liberdade provisória sem fiança, de forma que cabe à justiça analisar o caso concreto a fim de ponderar sobre a necessidade de manutenção da prisão cautelar, devendo fundamentar a decisão em consonância com o caso concreto. Por conseguinte, não é possível fundamentar a prisão cautelar em mera reprodução textual da lei.

À vista da força normativa dos aludidos precedentes, a jurisprudência do STF espraiou-se nos tribunais pátrios, fazendo-se sentir que não é cabível a prisão *ope legis*, decorrente de cominação legal abstrata, mas, as prisões devem ser fundamentadas cotejando-se o texto legal com o caso concreto.

O art. 310, § 2º, do CPP aviva em parte essa discussão, ao preconizar que o preso em flagrante que for reincidente, integrar organização criminosa armada ou milícia, ou que portar arma de fogo de uso restrito, não poderá ser contemplado com liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, restabelecendo a prisão *ex lege* no ordenamento jurídico. Em parte, porquanto não há de se falar mais em prisão *ex lege*, mas em medida cautelar *ex lege*.

Não obstante, o entendimento esposado outrora pelo STF se manterá, à medida que a composição atual perfilha a mesma ideologia jurídico-penal da que emanou os sobreditos precedentes: garantista, ativista e principiológica, em detrimento da clarividente interpretação gramatical.

3. Crítica ao entendimento esposado pelo STF sobre a prisão *ex lege*

Todavia, esse entendimento esposado pelo STF é criticável. A própria Constituição Federal, objetivando proteger a sociedade de crimes graves e hediondos, estabeleceu um rol de crimes inafiançáveis. À medida que vedou a concessão de fiança, obviamente o constituinte originário tencionou impedir a liberdade provisória. A exegese no sentido de vedar a fiança mas admitir a liberdade provisória sem fiança desafia a lógica; impinge equivocadamente ao legislador constituinte uma aporia no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da CF: veda a fiança para alguns crimes, mas, simultaneamente, admite a liberdade provisória sem fiança. Conclusão: o crime é inafiançável, mas suscetível de liberdade provisória sem fiança, *ipso iure*, ao passo que crimes afiançáveis são suscetíveis de liberdade provisória, desde que recolhida a fiança, salvo impossibilidade econômica de fazê-lo.

Destarte, o preso em flagrante por crime inafiançável, mesmo tendo excelente condição financeira, poderá ser contemplado com a liberdade provisória sem fiança, pois veda-se a fiança, mas admite-se a liberdade sem fiança, ao passo que o preso por crime afiançável que possui condição de depositar fiança, não poderá gozar de sua liberdade, sem esse ônus. A inelutável e ilógica inferência é que crimes inafiançáveis franqueiam a liberdade sem maiores entraves. Enfim, o que era para ser mais rigoroso, tornou-se mais brando.

Esse disparate não foi olvidado pela doutrina:

> O fundamento é questionável já que, por evidente, a vedação constitucional à fiança tem por objetivo não permitir que o processado por esse crime, quando preso em flagrante, possa responder em liberdade, daí a negativa do direito à fiança. Obviamente, o legislador constituinte quis vedar a concessão da liberdade provisória para esses

> crimes e não especificamente a fiança, ou seja, a caução pecuniária prestada com a concessão da liberdade provisória. Da forma como interpretada a norma constitucional, o Supremo conferiu aos processados pelos crimes para os quais há vedação constitucional à fiança um tratamento mais benéfico do que aquele destinado para os demais crimes, já que, quanto a estes, o juiz pode conceder liberdade provisória, exigindo fiança, e, quanto àqueles, o juiz pode conceder liberdade provisória, mas não exigir fiança. Não parece ser esta uma interpretação correta da inafiançabilidade constitucional. (MORO, 2014, p. 18)

A epistemologia da hermenêutica constitucional propugna o princípio da unidade constitucional, tendo como corolário o princípio da concordância prática da CF, de forma que não há de se falar em contradições e dissonâncias no bojo da Carta Magna. Os princípios explícitos e implícitos da CF coadunam-se, sem discrepâncias e colisões. O exegeta deve interpretar o texto constitucional sob o escopo da univocidade, sem vislumbrar conflitos ou incompatibilidades.

Calcado nessas premissas, depreende-se que a mesma Constituição que preconiza o princípio da presunção de inocência, da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais, também consagra a segurança pública e inafiançabilidade de certos crimes, objetivando enfrentar com mais rigor a prática desses crimes elencados, mitigando alguns direitos, como o de responder o processo em plena liberdade.

Obtempere-se que o art. 5º, LXVI, da CF estabeleceu a regra da liberdade, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, impingindo, *a contrariu senso*, que a lei pode restringir as hipóteses de liberdade provisória, de forma que infere-se a admissibilidade de prisão *ex lege*, mormente quando o próprio art. 5º traz um elenco de crimes inafiançáveis.

A tese esposada pelo STF, que veda a prisão *ex lege*, não passa pelo crivo da logicidade. Se esse tipo de prisão transgride os sobreditos princípios, pode-se concluir que o legislador também não poderá prever regime fechado tão somente em virtude da quantidade da pena cominada, ou seja, uma pena superior a oito anos não poderia implicar regime fechado automaticamente. Poder-se-ia até questionar as penas mínimas e máximas cominadas em abstrato ao crime.

> Levando esse argumento do Supremo às últimas consequências, poder-se-ia chegar à conclusão

> pela invalidade das próprias regras gerais de fixação de pena do art. 33 do CP, já que impõem regime inicial fechado para penas superiores a oito anos de reclusão, e pela inconstitucionalidade da própria previsão de penas mínimas e máximas para cada tipo criminal. (MORO, 2014, p. 18)

4. A aplicabilidade do art. 310, § 2º, do CPP

Malgrado as críticas ventiladas, o entendimento esposado pelo STF há de manter-se por algum tempo ainda, de forma que não se admitirá prisão ou medida cautelar *ex lege*, o que exigirá dos magistrados e membros do Ministério Público, laborando segundo essa premissa, a análise fundamentada das circunstâncias subjacentes ao caso concreto para eleger a medida cautelar pertinente, sob pena de indeferimento ou revogação da prisão ou medida cautelar estabelecida com fulcro no art. 310, § 2º, do CPP.

A redação do art. 310, § 2º, do CPP, carece de precisão técnica: a parte final do texto fala em *"denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares"*, dando a entender que a prisão preventiva não faz parte das medidas cautelares, visto que denegar a liberdade provisória sem medida cautelar implica decretar a prisão preventiva, que não deixa de ser uma medida cautelar.

Superada essa imprecisão técnica, não há de se falar, *a priori*, em inconstitucionalidade do art. 310, § 2º, do CPP, à medida que é perfeitamente admissível interpretá-lo conforme a constituição, contanto que sua aplicação esteja atrelada a fundamentação idônea subjacente às circunstâncias do caso concreto.

A propósito, a interpretação conforme a constituição deve preponderar sobre a declaração de inconstitucionalidade, consoante preleciona a doutrina:

> Sempre que a lei, em vez de ser declarada inconstitucional, puder ser interpretada conforme a Constituição, sua nulidade não deve ser pronunciada. Nesse sentido, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt já ensinava que toda presunção é pela constitucionalidade da lei, logo a presunção é pela constitucionalidade – every reazonable doubt must be resolved in favor of the statute, not against it, não devem os tribunais considerar inconstitucional um ato, a menos que a contrariedade à Constituição seja clara, completa e inequívoca (clear, complete and unmistakable). (NERY

JR. e ABBOUD, 20119, RB-5.50)

Eventual inconstitucionalidade, segundo os sobreditos precedentes exarados pelo STF, referir-se-á a errônea aplicação do dispositivo legal. Por exemplo: não se pode denegar a liberdade provisória, fixando-se medida cautelar de monitoração eletrônica, tão somente porque o flagrado cometeu em tese o crime de embriaguez ao volante e é reincidente em crime de ameaça. Será necessário analisar o caso concreto, a fim de verificar a necessidade e adequação da medida cautelar. Nesse caso, a menos que subsistam outras circunstâncias subjacentes ao flagrante, a mera reincidência, *per se*, em crime de menor potencial ofensivo não pode ser óbice ao deferimento da liberdade provisória.

O mero porte de arma de fogo de uso restrito pelo flagrado reincidente em crime de embriaguez ao volante ou ameaça não pode vindicar a prisão preventiva ou uma medida cautelar mais restritiva, como a monitoração eletrônica, sem fundamentação idônea e atrelada às circunstâncias da prática do novo delito.

O flagrado pelo crime de furto simples que é reincidente, por ter sido condenado pelo crime de desacato, não pode ter sua liberdade tolhida, quer mediante prisão preventiva, quer mediante monitoração eletrônica, tão somente em virtude dos delitos imputados abstratamente, sem perquirir as nuanças ínsitas ao flagrante.

Portanto, cogitar-se-á em inconstitucionalidade quando aplicar-se o art. 310, § 2º, do CPP, sem fundamentação idônea, de modo a denegar a liberdade provisória mediante a mera reprodução literal desse dispositivo, prescindindo-se do devido cotejo do caso concreto com a medida eleita.

O novel art. 310, § 2º, do CPP, deve ser interpretado sistematicamente, conjugado com as regras gerais inerentes às medidas cautelares, preceituadas no art. 282, I e II, do CPP: necessidade e adequação; ou seja, necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; e adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do flagrado.

> A adequação, dentro da visão da doutrina, significa a capacidade da medida de estimular a obtenção do resultado pretendido. Ora, diante deste quadro, pretendeu o legislador simplesmente aclarar que este resultado pretendido deve ser levado em conta observando-se os critérios da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.
>
> A necessidade, segundo o legislador, consiste em

> necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, do CPP).
>
> De acordo com a doutrina, uma medida é necessária se não há outra que produza resultado de igual intensidade e viole menos os direitos fundamentais. Ao se ler o conceito do CPP à luz da doutrina, percebe-se que o legislador já indicou quais são os resultados que devem ser analisados para a necessidade, ou seja, a) aplicação da lei; b) investigação ou instrução criminal e c) nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. (DEZEM, 2020, RB-13.5)

Esse juízo de ponderação sobre a proporcionalidade da medida cautelar deve nortear as manifestações dos membros do Ministério Público e as decisões dos magistrados. A denegação da liberdade provisória cumulada com a prisão cautelar não pode jamais prescindir da aferição da proporcionalidade, sob pena de indeferimento ou revogação da cautelar.

> Outro princípio que deve ser observado em matéria de prisão cautelar é o da vedação do excesso 83 ou da proporcionalidade em sentido amplo. Este deve nortear a conduta do juiz no caso concreto, 84 impondo a ponderação diante da tensão entre os direitos colidentes e a aferição se a medida cautelar é adequada e necessária para atingir os seus fins. (NICOLITT, 2016, p. 27).

Assim sendo, o art. 310, § 2º, do CPP, há de servir mais como uma norma de reforço ou corroboração para a denegação da liberdade provisória, cuja motivação deverá perpassar precípua e primariamente pela análise concreta do flagrante, jamais iniciando-se da mera reprodução normativa desse preceito. Calcados os fundamentos lastreados no caso concreto, o art. 310, § 2º, do CPP servirá para corroborar a denegação da liberdade provisória cumulada com a medida cautelar eleita.

5. Conclusão

A liberdade é a regra, ao passo que as restrições da liberdade são exceções; consectário da presunção de inocência.

Os tribunais superiores não albergam prisões *ex lege*, ao passo que não secundarão medidas cautelares *ex lege*, mormente aquelas mais restritivas da liberdade, como a monitoração eletrônica.

Portanto, é imprescindível que membros do Ministério Público e magistrados procedam à análise minudente do caso concreto em cotejo com as cominações legais, quando da análise do auto de prisão em flagrante, a fim de perquirir sobre a denegação da liberdade provisória, eleger a medida cautelar cabível, de forma que o art. 310, § 2º, do CPP, servirá tão somente para corroborar o posicionamento perfilhado, não podendo ser utilizado para mera denegação da liberdade provisória, prescindindo-se da análise casuística.

Somente essa interpretação e aplicação legal do art. 310, § 2º, do CPP, o colocará a salvo da pecha da inconstitucionalidade, haja vista a jurisprudência sedimentada do STF, que ainda perdurará por mais algum tempo, enquanto não houver alteração substancial da ideologia jurídico-penal dos membros da Corte.

6. Bibliografia

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. 6ª ed. São Paulo: RT, 2020.

MORO, Sérgio Fernado. Direitos Fundamentais contra o crime. In: CLEVE, Clemerson Merlin (org). Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da constituição e direitos fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1.

NERY JR., Nelson. ABBOUD, Gerges. Direito Constitucional Brasileiro. 2ª ed. e-book. São Paulo: RT, 2019.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES JR., Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. e-book. São Paulo: RT, 2018.

LIVRAMENTO CONDICIONAL, PACOTE ANTICRIME E DIREITO INTERTEMPORAL: ANÁLISE DO "NOVEL REQUISITO OBJETIVO" À LUZ DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Teilor Santana da Silva[1]

SUMÁRIO

RESUMO

Os requisitos para a concessão do livramento condicional estão previstos no artigo 83 do Código Penal (CP). No rol anunciado pela Lei nº 7.209/1984 ("Reforma da Parte Geral"), encontrava-se o "comportamento satisfatório durante a execução da pena". Por sua vez, a Lei 13.964/2019, ao mesmo tempo em que se referiu ao "bom comportamento durante a execução da pena" (artigo 83, III, "a", do CP), incluiu, expressamente, ao lado do indigitado requisito subjetivo, o "não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses" (artigo 83, III, "b", do CP). Assim, nesse contexto, o presente artigo tem por finalidade avaliar, à luz do princípio da individualização da pena, as regras de direito intertemporal, aquilatando-se a eventual (im)possibilidade de aplicação do novel requisito objetivo a fatos ocorridos antes de 23 de janeiro de 2020, data da vigência do Pacote Anticrime.

PALAVRAS-CHAVE: Livramento condicional; Pacote Anticrime; Lei nº 13.964/2019; Falta grave; Direito intertemporal.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Promotor Substituto, membro do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR) na Seção Judiciária de Corbélia. Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Pós-Graduado em Direito Processual Penal. Ex-servidor do Ministério Público do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS, Oficial do Ministério Público). Professor do Curso CEI e da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP). Autor de artigos publicados em periódicos especializados. Palestrante.

1. Introdução

Por intermédio da Lei nº 13.964/2019, a pretexto de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, promoveram-se inúmeras alterações no Código Penal (CP), no Código de Processo Penal (CPP) e na legislação extravagante. Nesse cenário que se encontra inserida a "nova disciplina jurídica" relativa ao livramento condicional.

Fixadas tais premissas, o presente estudo abordará o princípio da individualização da pena, em suas diferentes etapas, com enfoque no sistema progressivo de regime. Além disso, necessária a digressão a respeito da disciplina legislativa do livramento condicional, comparando-se a redação conferida pela Reforma da Parte Geral (datada de 1984) e por meio do Pacote Anticrime (vigente a partir de 23 de janeiro de 2020), com as respectivas considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

Por fim, avaliam-se soluções jurídicas, de relevante aplicação na prática ministerial, para o cerne da controvérsia: analisar o "novel requisito objetivo", consistente em o reeducando não ter praticado falta grave nos últimos 12 (doze) meses, de acordo com as regras de direito intertemporal, destacando-se eventual (im)possibilidade de aplicação a fatos ocorridos antes de 23 de janeiro de 2020.

2. Individualização da pena e sistema progressivo de cumprimento da reprimenda: topografia do tratamento jurídico do livramento condicional

O princípio da individualização da pena está previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Destaca-se que a sua incidência ocorre em três momentos específicos, dirigindo-se a atores processuais diversos, de modo a exigir a atuação dos Três Poderes da República. Quanto ao tema, Luiz Flávio Gomes traz a seguinte delimitação de atribuições: "(a) na cominação abstrata (pelo legislador); (b) na aplicação (pelo juiz); (c) na execução (pelo juiz da execução e funcionários penitenciários)".[2]

Em consequência, tem-se como panorama: (a) a atuação do legislador é no plano abstrato, ao estipular limites máximos e mínimos de sanção para cada crime ou contravenção penal; (b) o judiciário, em concreto, fixará a reprimenda com base nas particularidades do caso em apreço[3]; (c) na execução da

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 GOMES, Luiz Flávio. Curso de direito penal: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 612.

3 Quanto à individualização da pena na fase judicial, a jurisprudência Alemã tem adotado a "Teoria do Espaço de Jogo", segundo a qual "[...] entre o mínimo e o máximo

pena, por fim, tornam-se definitivos os comandos da sentença.

Na fase execucional, *locus* em que se situa o objeto deste estudo, a individualização da pena decorre, igualmente, do item 26 da Exposição de Motivos da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), focalizando "[…] a classificação dos condenados para que cada um, de acordo com sua personalidade e antecedentes, receba o tratamento penitenciário adequado".[4] Isso porque a execução da pena se materializa de acordo com as condições pessoais do sentenciado (méritos e deméritos), fator que tem o condão de reduzir ou prorrogar o interregno de privação ou restrição da liberdade.

Além disso, prudente estabelecer a relação entre o direito penal e a execução, delimitando-se o âmbito de incidência. Nas palavras de Zaffaroni:

> […] enquanto o direito penal fixa o objetivo geral da pena e estabelece a quantidade de bens jurídicos de que se pode privar o apenado para procurar a prevenção especial, o direito de execução penal é o que regula a forma em que se deve realizar essa tarefa preventiva.[5]

Dito isso, enquanto o Direito Penal trata da "anatomia" (estrutura e o que se tutela por meio do sistema, os cognominados bens jurídicos), a Execução Penal esclarece a "fisiologia" (mecanismos de funcionamento a respeito do cumprimento efetivo da pena).

Nesse contexto, dentro dos limites autorizados pelo texto constitucional, um dos vetores da "tarefa preventiva" (expressão cunhada por Zaffaroni) é o sistema progressivo de cumprimento da reprimenda. Na hipótese particular do Brasil, verificam-se três regimes prisionais (artigo 33 do CP): fechado, semiaberto e aberto, cujas regras básicas de progressão remontam ao artigo 112 da LEP, em verdadeira interlocução entre CP e LEP.

A doutrina explica a lógica da progressão de regime com base na culpabilidade – condições pessoais do apenado – e na presença de requisitos objetivos, ou seja, no preenchimento de certas metas, o denominado *mark sys-*

---

da pena existe um espaço para que o juiz passa se mover com liberdade, sempre que o resultado seja proporcional à culpabilidade e que, assim, satisfaça os fins preventivos gerais e especiais". (In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 653.)

4 BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 67-68.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 134.

tem (sistema de marcas), consoante o qual, atingindo determinadas marcas[6], o apenado conquista novos direitos e aproxima-se da liberdade (progressão de regime). No mesmo diapasão do ora explanado, "[…] o código adotou um sistema progressivo de execução da pena em três regimes prisionais: fechado, semiaberto e aberto, cuja individualização judicial deverá estar conforme a culpabilidade do condenado".[7]

À guisa de exemplo, por violar, entre outros princípios, a individualização da pena – assim como o sistema progressivo de regime – que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade dos regimes integral e inicial fechado *(ope legis)* quanto aos crimes hediondos. No Habeas Corpus nº 82.959, o STF destacou que "[…] a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso, que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social".[8]

Cabe destacar a chancela da Suprema Corte quanto à incidência da individualização da pena em fase execucional, o que ocorre sempre mirando o princípio reitor da dignidade humana:

> […] c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica.[9]

Ademais, o Pretório Excelso não veda *(prima facie)* a incidência de regime prisional mais gravoso do que o condizente com a pena aplicada em concreto. Todavia, essa providência demanda fundamentação específica, com

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 367.

7 QUEIROZ, Paulo. Curso de direito penal: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 473.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.959/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 15 ago. 2020.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.959/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 15 ago. 2020.

especque em individualidades do caso em tela. Confira-se:

> Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.[10]

No mesmo precedente, verifica-se, portanto, ser possível fixar regime mais gravoso, sem que viole a individualização da pena, desde que observado o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da CRFB) – o qual igualmente se aplica na fixação do regime prisional. Veja-se:

> Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.[11]

Diante dos apontamentos trazidos pela jurisprudência do STF não se pode olvidar que, em sede de execução da pena, existe a denominada "relação especial de sujeição" entre o reeducando e o Estado, na qual, consoante abalizada doutrina, "[…] a Corte IDH ressaltou que o Estado se encontra, em relação às pessoas privadas de liberdade, numa posição especial de garante".[12]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 111.840/ES. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807820/habeas-corpus-hc-111840-es-stf/inteiro-teor-112281131?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 ago. 2020.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 120.358/ES. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000206260&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 ago. 2020.

12 HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. Jurisprudência internacional de direitos humanos. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017, p. 213.

Por fim, questiona-se: onde se situa o livramento condicional dentro do sistema progressivo? Constitui regime de cumprimento de pena? A resposta é simples e direta: o livramento condicional não constitui regime de cumprimento de pena. Observa-se, também para esse fim, o princípio da legalidade, destacando-se que o legislador previu somente os regimes fechado, semiaberto e aberto.

Assim, malgrado não constitua regime específico de cumprimento de pena, de acordo com a doutrina, consiste em *"decorrência do sistema progressivo"*[13], tratando-se de consequência lógica, a caminho da "liberdade plena", de modo a possuir reflexos e requisitos autônomos.

3. Fixação de premissas necessárias acerca do livramento condicional e da prática de falta grave

A previsão do livramento condicional remonta ao art. 83 do Código Penal, o qual passou por sensível alteração no inciso III após a vigência do Pacote Anticrime. Isso será o objeto de estudo do próximo capítulo. Por ora, devem ser traçados conceitos necessários para a devida delimitação da temática.

Em primeiro lugar, embora não constitua regime de cumprimento da pena (havendo somente os regimes fechado, semiaberto e aberto), materializa a fase final da execução mediante o sistema progressivo. No livramento condicional haverá a antecipação da liberdade do condenado, com dupla finalidade: "reduzir os malefícios da prisão e facilitar sua reinserção social".[14]

Essa antecipação é de natureza precária, considerando que ainda não houve o cumprimento integral da reprimenda. Submete-se, por isso, ao adimplemento de requisitos objetivos e subjetivos, conforme traçados em lei.

Busato, com precisão, assevera que se trata de *"direito à recompensa da liberdade antecipada"* e também pontua que é "[...] acertado afirmar que a concessão da liberdade condicional representa uma verdadeira modificação substancial da pena imposta".[15]

Outra questão relevante refere-se à qualidade da pena que admite a aplicação do livramento condicional, restringindo-se à pena privativa de liberdade em execução, pouco importando se o caso em tela envolve reclusão, detenção ou prisão simples. Nesse aspecto, Luiz Flávio Gomes salienta:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 SANCTIS, Fausto Martin de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Método, 2014, p. 168.

14 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 34.

15 BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, p. 936.

> somente a pena privativa de liberdade já em execução é que admite o livramento condicional (não importa se se trata de reclusão, detenção ou prisão simples (CP, art. 83)”. A contrario sensu, então, não se aplica o instituto nos seguintes casos: “medida de segurança, as penas restritivas de direitos e a multa. Tampouco a prisão civil ou mesmo a administrativa.[16]

Por sua vez, as hipóteses que configuram falta grave encontram-se previstas no artigo 50 da LEP. E, para os fins deste estudo, devem ser cimentadas algumas questões, de interesse do ponto de vista teórico e, predominantemente, prático.

Antes de mais nada, o rol do artigo 50 da LEP deve ser considerado taxativo, de modo que não é possível interpretação extensiva ou complementar, proscrevendo-se acrescer ou ampliar o alcance das condutas previstas.[17] Como a própria LEP destaca, são conferidos os efeitos prejudiciais na execução da pena mediante a prática de fatos que caracterizam faltas graves, de acordo com o conceito legal. Consequência prática: meras faltas disciplinares não podem, por si, excluir o benefício do livramento condicional.

Lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Enunciado 533, exige a prévia instauração de processo administrativo disciplinar, pelo diretor do estabelecimento prisional, a fim de se ver reconhecida a prática de falta disciplinar na execução penal (seja, ou não, tratada como falta grave). Confira-se:

> Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.[18]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 GOMES, Luiz Flávio. Curso de direito penal: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 729.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 481.699/RS. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859531267/habeas-corpus-hc--481699-rs-2018-0320389-1>. Acesso em: 15 ago. 2020.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 533. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2501/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 15

No entanto, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 972.598 (publicado em 04/5/2020), a Suprema Corte decidiu que, caso o apenado seja devidamente ouvido perante o Juízo da Execução Penal, em solenidade denominada "audiência de justificação" (art. 118, § 2º, da LEP), com a presença de defensor e do membro do Ministério Público, afasta-se *(i)* a obrigatoriedade de procedimento administrativo disciplinar prévio, bem como *(ii)* será suprida eventual ausência ou deficiência da defesa técnica no PAD. Resumidamente, decidiu-se que "[...] a apuração da prática de falta grave perante o juízo da Execução Penal é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa".[19]

Eis a tese fixada pelo STF:

> A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena (Plenário, Sessão Virtual de 24.4.2020 a 30.4.2020).[20]

Com base em todos esses apontamentos, passa-se à análise do artigo 83, III, do Código Penal, comparando-se a redação conferida pela Reforma da Parte Geral com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, sobretudo as consequências jurídicas da prática de falta grave com base no direito intertemporal.

4. Cerne de controvérsia: análise do *"Novel Requisito Objetivo"* à luz do princípio da individualização da pena

ago. 2020.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 972.598. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4987685&numeroProcesso=972598&classeProcesso=RE&numeroTema=941>. Acesso em: 15 ago. 2020.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 972.598. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4987685&numeroProcesso=972598&classeProcesso=RE&numeroTema=941>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Conforme dito acima, o artigo 83 do CP elenca os requisitos do "livramento condicional". A Lei nº 13.964/2019 manteve a redação dos demais incisos do dispositivo legal (I, II, IV e V), somente alterando o inciso III. Veja-se a redação anterior do citado inciso III:"[...] comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto".[21]

Após a vigência do Pacote Anticrime, o dispositivo ficou assim redigido: "[...] comprovado: a) bom comportamento durante a execução da pena; b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto".[22]

Percebe-se que o Pacote Anticrime, em linhas gerais, manteve a redação do dispositivo, fazendo duas alterações: (a) substituição da terminologia *"comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena"*, passando a constar *"bom comportamento durante a execução da pena"*, modificação que não é dotada de relevância prática, dispensando maiores digressões por parte do intérprete; (b) incluir, de modo expresso, requisito objetivo, consistente em o agente não ter cometido falta grave nos últimos 12 (doze) meses.[23] Sobre o ponto em específico devem ser tecidas considerações de ordem teórica e jurisprudencial, a fim de garantir a correta aplicação da lei penal.

Explica-se e, ao mesmo tempo, questiona-se: o não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses – requisito objetivo trazido pelo PAC – pode ser interpretado como especificação do requisito subjetivo – *"bom comportamento durante a execução da pena"* –, aplicando-se a fatos ocorridos antes do dia 23 de janeiro de 2020, sem que isso caracterize retroatividade de norma penal mais gravosa?!

Em primeiro lugar, cita-se o Enunciado 04 da Jornada de Direito Penal e Processo Penal do STJ. Confira-se a íntegra: "A ausência de falta grave nos últimos 12 (doze) meses como requisito à obtenção do livramento condicional

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

22 BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

23 Nesse sentido:"Anote-se que, a fim de evitar uma vedação permanente ao benefício, após o indeferimento do Livramento Condicional em razão do cometimento de uma falta grave nos últimos 12 meses, novo período de prova passa a ser contado a partir do cometimento da falta, adstrito, porém, a este requisito negativo e não propriamente quanto ao requisito temporal do livramento condicional". (In: SOUZA, Renê do Ó. Lei anticrime: comentário à Lei 13.964/2019. São Paulo, D'Plácido, 2020, p. 18.)

(art. 83, III, 'b' do CP) aplica-se apenas às infrações penais praticadas a partir de 23/01/2020, quando entrou em vigor a Lei 13.964/2019".[24] Extrai-se que a preocupação do enunciado é evitar eventual indesejada – e suposta – retroatividade em prejuízo do executado.

Rogério Sanches Cunha, por exemplo, sustenta o caráter irretroativo da norma, "[...] tendo em vista que limita a obtenção de um benefício que reflete diretamente no cumprimento da pena".[25] Em idêntico sentido, Gustavo Junqueira destaca: "[...] trata-se de lei penal gravosa, que incrementa os requisitos para a obtenção de livramento condicional, e, assim, sob o prisma técnico, só poderá ser aplicada aos crimes praticados após a sua vigência".[26]

Todavia, no mesmo evento, aprovou-se enunciado proposto pelo subscritor deste artigo, o qual defende valoração de falta grave ocorrida nos últimos 12 (doze) meses, com fundamento no caso concreto, podendo ser caracterizado comportamento insatisfatório no decorrer do cumprimento da pena. Confira-se:

> ENUNCIADO 12 – O requisito previsto no art. 83, III, b, do Código Penal, consistente em o agente não ter cometido falta grave nos últimos 12 (doze) meses, poderá ser valorado, com base no caso concreto, para fins de concessão de livramento condicional quanto a fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, sendo interpretado como comportamento insatisfatório durante a execução da pena.[27]

Ressalta-se que, antes da vigência do Pacote Anticrime, o cometimento de falta grave, malgrado não estar descrito expressamente no artigo 83, III, do CP, poderia ser interpretado e avaliado (como, de fato, era) na qualidade de *"comportamento insatisfatório durante a execução da pena"*, de modo a obstar

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

24 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito e Processo Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processo-penal.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

25 CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. Salvador, Juspodivm, 2020, p. 610.

26 JUNQUEIRA, Gustavo; et al. Lei anticrime comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 20.

27 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito e Processo Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processo-penal.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

a concessão do livramento condicional. Isso porque não estaria preenchido o requisito subjetivo do benefício. Aliás, era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMETIMENTO DE FALTAS GRAVES (FUGAS) NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA. COMPORTAMENTO CARCERÁRIO INSATISFATÓRIO. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO PROVIMENTO. […] 2. Hipótese em que o apenado, durante a execução da pena, empreendeu 4 (quatro) fugas, conforme se extrai da ficha do reú, acostada aos autos, situação que denota, ainda mais, a ausência de requisito subjetivo para concessão da benesse. 3. Registre-se, por oportuno, que, para a concessão do livramento condicional o magistrado deve avaliar o efetivo cumprimento do requisito subjetivo, não estando adstrito ao atestado de bom comportamento carcerário, sob pena de se tornar mero homologador da manifestação do diretor do estabelecimento prisional. Precedentes desta Corte. 4. Agravo regimental não provido.[28]

> HABEAS CORPUS. CASSAÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PRÁTICA DE FALTAS GRAVES NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA (NÃO RETORNAR DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS E POSSE DE ENTORPECENTE DENTRO DO PRESÍDIO). COMPORTAMENTO CARCERÁRIO INSATISFATÓRIO. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. […] 2. Inicialmente, verifica-se que a parte preambular do decisum encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada por esta

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 506.776/MS. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/285082812/stj-21-02-2020-pg-10420>. Acesso em: 15 ago. 2020.

> Corte Superior, no sentido de que, conquanto não interrompa a contagem do prazo para fins de livramento condicional (enunciado n. 441 da Súmula do STJ), a prática de falta grave impede a concessão do aludido benefício, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante o resgate da pena, nos termos do art. 83, III, do Código Penal. [...].[29]

> LIVRAMENTO CONDICIONAL – FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO DA PENA - ARTIGO 83, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. Ante a exigência de ter-se comportamento satisfatório durante a execução da pena para chegar-se ao livramento condicional – inciso III do artigo 83 do Código Penal –, ocorre como consequência do cometimento de falta grave nova contagem do período de cumprimento da pena previsto no citado artigo.[30]

Apenas a título argumentativo, quando se fala em garantia da irretroatividade[31] da lei penal, destina-se "a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado",[32] sobretudo porque "antes da lei, não existe violação à lei".[33] Da mesma maneira, extrai-se

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 379.071/SP. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443359018/habeas-corpus-hc-379071-sp-2016-0302182-7/relatorio-e-voto-443359042>. Acesso em: 15 ago. 2020.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 100.062/SP. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9118731/habeas-corpus-hc-100062-sps>. Acesso em: 15 ago. 2020.

31 Sobre a origem do princípio da irretroatividade, confira-se a doutrina de Nilo Batista: "O art. 9º da Declaração de Direitos da Virgínia (12.jun.1776) afirmava que as leis com efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores a sua existência, são opressivas e não devem ser promulgadas. A seção 9º do art. I da Constituição Americana (17. set.1787), proíbe a promulgação de decreto de proscrição (bill of attainder) ou de lei retroativa (ex post facto law). O artigo VIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.ago.1789) prescrevia que ninguém fosse punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime (loi établie et promulguée anterieurment au délit). Parece que o primeiro corpo de leis penais a incluir o princípio foi a codificação de D. José II, da Áustria, de 1787". (In: BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 64.)

32 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 184.

33 QUEIROZ, Paulo. Curso de direito penal: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 75.

importante função político-criminal, consistente em "[...] permitir a vigência da função de motivação, que, como é lógico, somente pode ter efeitos futuros (não se pode motivar se o sujeito não conhece a norma, e não pode conhecê-la se não tal norma ainda não existe)".[34]

Dito isso, a expressão utilizada pelo legislador ("*consistente em o agente não ter cometido falta grave nos últimos doze meses"*) de modo algum caracteriza inovação no tratamento jurídico de eventuais beneficiários do livramento condicional, devendo ser interpretada – e compreendida – na qualidade de especificação de requisito subjetivo já presente na redação anterior do Código Penal, qual seja, a comprovação de "*comportamento satisfatório durante a execução da pena",* atualmente previsto como *"bom comportamento durante a execução da pena"*, expressões de igual quilate jurídico.

Ressalta-se: não se pode negar que a prática de falta grave na execução da pena acarreta comportamento insatisfatório do reeducando. Caso contrário, haveria clara violação ao princípio da individualização da pena (na fase de execução), assim como proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado pela norma penal originária. Ainda sobre esse aspecto, ressalta-se a doutrina de Renato Brasileiro, o qual também realiza o paralelo entre o "novel requisito objetivo" e a adjetivação do comportamento carcerário:

> Ao tratar dos requisitos subjetivos necessários para a concessão do livramento condicional, o Código Penal já exigia, mesmo antes da vigência do Pacote Anticrime, a comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena (CP, art. 83, III, em sua redação original), requisito este que se revelaria ausente se acaso o apenado possuísse registro de faltas graves por ele cometidas no curso da execução penal.[35]

Desse modo, efetivada a interpretação teleológica dos dispositivos legais (redação original e redação atual do artigo 83, III, do Código Penal), não há falar em retroatividade de norma penal mais gravosa, mas de mera subsunção do fato à norma. Por isso, o "*novel requisito objetivo*" poderá ser valorado inclusive quanto a fatos ocorridos antes de 23 de janeiro de 2020, porém com

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

34 OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

35 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 36.

a roupagem jurídica de *"comportamento insatisfatório durante a execução da pena".*

5. Conclusão

O presente ensaio objetivava avaliar as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime no que se refere ao instituto do livramento condicional (artigo 83 do Código Penal), de modo a serem fixadas interpretações possíveis – e válidas – acerca das normas de direito intertemporal.

Inicialmente, foram tecidas considerações sobre o princípio da individualização da pena, em suas diferentes etapas, com enfoque no sistema progressivo de regime, ocasião na qual o livramento condicional foi estabelecido não como regime de cumprimento de pena, mas sim como fase final do resgate da reprimenda, caracterizando antecipação precária da liberdade.

Após isso, realizou-se análise das normas afetas ao livramento condicional, comparando-se a redação conferida pela Reforma da Parte Geral e por meio do Pacote Anticrime, com as respectivas considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

Por fim, depois da citação de enunciados da Jornada de Direito Penal e Processo Penal do STJ/CJF, doutrinas e precedentes jurisprudenciais a respeito do tema central, fixou-se dentro das interpretações possíveis no âmbito semântico da norma, que não há falar em vedada – e indesejada – aplicação retroativa *in malam partem* do novel requisito objetivo, sendo a circunstância avaliada, no caso concreto, com o quilate de comportamento insatisfatório do reeducando, em homenagem ao princípio da individualização da pena.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

______. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 506.776/MS. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/285082812/stj-21-02-2020-pg-10420>. Acesso em: 15 ago. 2020.

______. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 379.071/SP. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443359018/habeas-corpus-hc-379071-sp-2016-0302182-7/relatorio-e-voto-443359042>. Acesso em: 15 ago. 2020.

______. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 481.699/RS. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859531267/habeas-corpus-hc-481699-rs-2018-0320389-1>. Acesso em: 15 ago. 2020.

______. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 533. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2501/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 15 ago. 2020.

______. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.959/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 15 ago. 2020.

______. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 100.062/SP. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9118731/habeas-corpus-hc-100062-sps>. Acesso em: 15 ago. 2020.

______. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 111.840/ES. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807820/habeas-corpus-hc-111840-es-stf/inteiro-teor-112281131?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 ago. 2020.

______. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 972.598. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4987685&numeroProcesso=972598&classeProcesso=RE&numeroTema=941>. Acesso em: 15 ago. 2020.

______. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 120.358/ES. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000206260&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRITO, Alexis Couto de. Execução penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito e Processo Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processo-penal.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. Salvador, Juspodivm, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Curso de direito penal: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2016.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. Jurisprudência internacional de direitos humanos. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

JUNQUEIRA, Gustavo; et al. Lei anticrime comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

QUEIROZ, Paulo. Curso de direito penal: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2012.

SANCTIS, Fausto Martin de. Direito penal: parte geral. São Paulo: Método, 2014.

SOUZA, Renê do Ó. Lei anticrime: comentário à Lei 13.964/2019. São Paulo, D'Plácido, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACOTE ANTICRIME

VOLUME II

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou 17 (dezessete) leis - dentre as quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais – com profundos reflexos no sistema de justiça criminal brasileiro.

Compreender tais mudanças, buscar interpretações razoáveis para os textos legais e firmar posicionamentos sobre a atuação do Ministério Público brasileiro foram alguns dos desafios que inspiraram o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Unidade Nacional de Capacitação, e o Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), pela sua Escola Superior, a coordenar esforços para reunir estudiosos do Pacote Anticrime.

No segundo volume, encontram-se textos sobre o uso letal da força por agentes públicos, a identificação criminal pelo perfil genético, a prisão preventiva, os acordos de não persecução criminal e de não persecução cível, o juiz de garantias, as consequências da quebra da cadeia de custódia, o livramento condicional, o confisco alargado e o informante do bem (whistleblower).